



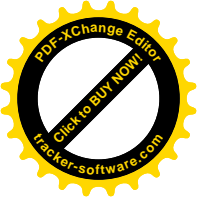
Instituto Superior Bissaya Barreto

DA JUSTIÇA REPARADORA NO ACTUAL SISTEMA  
JUDICIAL PORTUGUÊS: o caso particular da fraude  
jurídico-penalmente relevante

LUÍS FILIPE DIAS CRAVO

Dissertação apresentada para  
a obtenção do grau de Mestre em  
Ciências Jurídico-Forenses

COIMBRA, FEVEREIRO DE 2011



Instituto Superior Bissaya Barreto

DA JUSTIÇA REPARADORA NO ACTUAL SISTEMA  
JUDICIAL PORTUGUÊS: o caso particular da fraude  
jurídico-penalmente relevante

LUÍS FILIPE DIAS CRAVO

Dissertação orientada pela  
Prof<sup>ª</sup>. Doutora Helena Isabel Gonçalves Moniz  
para a obtenção do grau de Mestre  
em Ciências Jurídico-Forenses

COIMBRA, FEVEREIRO DE 2011



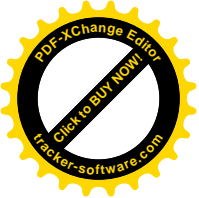
DA JUSTIÇA REPARADORA NO ACTUAL SISTEMA JUDICIAL PORTUGUÊS:  
o caso particular da fraude iurídico-penalmente relevante



DA JUSTIÇA REPARADORA NO ACTUAL SISTEMA JUDICIAL  
PORTUGUÊS: o caso particular da fraude jurídico-penalmente relevante

ÍNDICE

I – INTRODUÇÃO .....	3
II – A EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DA REPARAÇÃO DO DANO NO DIREITO CRIMINAL PORTUGUÊS .....	8
A – NATUREZA DA INDEMNIZAÇÃO ARBITRADA NO PROCESSO PENAL .....	8
B – DE EFEITO PENAL DA CONDENAÇÃO A TERCEIRA FORMA DE REACÇÃO CRIMINAL? .....	11
C – CONSAGRAÇÃO ACTUAL NOS NORMATIVOS PENAIIS .....	15
III – O EFEITO RESSOCIALIZADOR DA SOLUÇÃO REPARATÓRIA -	24
A – VIRTUALIDADES AO NÍVEL DO REFORÇO DA VALIDADE E VIGÊNCIA DA NORMA VIOLADA .....	24
B – CONTRIBUIÇÃO PARA O RESTABELECIMENTO DA PAZ JURÍDICA .....	28
C – PROBLEMATIZAÇÃO PRÁTICA .....	33
IV – RAZÕES PARA UMA TEORIZAÇÃO SOBRE A REPARAÇÃO NO ÂMBITO DA FRAUDE JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE .....	35
A – DISTINÇÃO ENTRE FRAUDE CIVIL E FRAUDE PENAL? .....	35
B – UM <i>PLUS</i> EM RELAÇÃO À PENA PRIVADA DO DIREITO PENAL CLÁSSICO? .....	41
C – UM <i>ALIUD</i> EM RELAÇÃO À INSTITUÍDA MEDIAÇÃO PENAL DE ADULTOS? .....	48
V – A PERSISTENTE RELEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO PENAL E PROCESSUAL .....	59



A – CIRCUNSTÂNCIAS DA SUA OCORRÊNCIA -----	59
B – POSTULADOS DA ADEQUAÇÃO DO DIREITO PENAL À “SOCIEDADE DO RISCO” -----	67
VI – A JUSTIÇA REPARADORA NA ACTUALIDADE -----	71
A – PRINCIPAIS TIPOS DE PROCEDIMENTOS E INSTRUMENTOS DE PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA -----	72
B – SOLUÇÃO REPARATÓRIA NO PROCESSO JUDICIAL? -----	79
C – CATÁLOGO DE PRINCÍPIOS E VALORES PARA OS OPERADORES JUDICIÁRIOS NO NOSSO SISTEMA -----	92
VII – UM DIFERENTE MODELO PROCESSUAL-PENAL REACTIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE -----	104
A – A PROPOSTA DO PROJECTO ALTERNATIVO ALEMÃO E O ACTUAL SISTEMA GERMÂNICO -----	105
B – BREVE PANORAMA SOBRE OUTRAS REALIZAÇÕES PRÁTICAS NA EUROPA -----	110
C – PROPOSTA DE NORMAS DE BOAS PRÁTICAS PROCEDIMENTAIS E DE REVISÃO LEGISLATIVA MÍNIMA-----	116
D – CONCRETIZAÇÃO PRÁTICA NO ÂMBITO DA FRAUDE JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE -----	127
VIII – SÍNTESE CONCLUSIVA -----	132
IX – RESUMO -----	135
X – ABSTRACT -----	138
XI – BIBLIOGRAFIA -----	141
ANEXO DE LEGISLAÇÃO	



## I

### INTRODUÇÃO

Propusemo-nos desenvolver uma investigação sobre o actual estado da Justiça Portuguesa quanto aos aspectos do papel que é atribuído, aí desempenha e é conferido à *reparação* dos danos da *vítima* de um ilícito criminal.

A interrogação de base partiu da constatação do dado histórico de a *vítima* e a *reparação* terem estado incompreensivelmente durante um largo período de tempo arredadas da investigação criminológica e das preocupações da política-criminal, quando é certo que o princípio vitimológico – com tudo o que o mesmo representa da preocupação hodierna por uma justiça estruturada já não apenas no diálogo entre o Estado e o delinquente, mas verdadeiramente sobre as relações mútuas entre o Estado, o delinquente e a vítima – se constituiu precisamente como um dos principais vectores do paradigma emergente da política criminal desde o fim da década de 50 do séc. XX <sup>(1)</sup>, e que cremos dominar incontornavelmente a nossa contemporaneidade.

O objectivo do estudo não será apenas o de diagnóstico da situação, mas antes o de com base num correcto procedimento metodológico, começar por apreender a natureza dogmática da reparação no direito criminal, historiar o papel que lhe foi e tem estado atribuído, para, num passo seguinte, aquilatar sobre o que é que à luz das actuais preocupações de política criminal, se conclui sobre a possibilidade da *reparação* colaborar

---

(1) Assim FIGUEIREDO DIAS (1993: 75-77).



na realização das finalidades próprias das sanções penais de cariz preventivo, finalizando por, no pressuposto adquirido de ser afirmativa a resposta à antecedente questão, descortinar então o que é que se configura como mais defensável no plano do sistema vigente, designadamente em que é que ele pode ser potenciado ou deve ser alterado.

Na verdade, fazendo o necessário contraponto entre as duas correntes principais que guiam a ciência do direito penal – isto é, entre o sistema “tradicional” de justiça que nos rege (apelidado de “justiça criminal retributiva”) e a “justiça criminal restaurativa” (2) – cuidar-se-á de equacionar o lugar que pode e deve ser atribuído aos mecanismos da reparação que se reconhecem com virtualidade para serem operativos no nosso sistema da Justiça, bem como sobre o melhor e maior desempenho que a cada um dos operadores judiciais pode competir.

Mas como se tinha a realística noção dos limites de um estudo como o presente, a opção inicial foi logo a de circunscrever o objecto do estudo não só ao direito criminal – assim deixando de fora outros ramos de direito em que esta mesma temática seria interessante de ser aprofundada, como as áreas do direito de menores, do direito da família, do direito laboral – mas, dentro do direito criminal, dando exclusivo e particular enfoque à área temática da *fraude*.

Obviamente que ele vai incidir não sobre a *fraude* em geral (como categoria conceitual aglutinadora de todos os comportamentos enganosos que sob tal conceito se abrangem), mas antes e tendo presente que o denominador comum, ainda que mínimo em tal conceito quando aplicado à qualificação jurídica da grande maioria dos comportamentos humanos – ditos “fraudulentos” – é a sua conotação *patrimonial*, *pecuniária* ou *económica*.

Com efeito, embora haja uma grande amplitude semântica no vocábulo *fraude*, o Direito absorveu-o para referenciar conceitos jurídicos distintos, mas sempre ligados ao *erro* ou *engano*, à *má fé* e ao *dolo*, isto é, comportamentos que têm a “inverdade” como matriz.

Ora, se insito à *fraude* está essencialmente o carácter patrimonial relevante da conduta humana em análise, inelutavelmente é nessa afectação patrimonial que na grande maioria das situações se encontra a justificação ou fundamento para a reacção do ordenamento jurídico, em especial a “reacção criminal”.

---

(2) As características dos correspondentes paradigmas de uma e outra, encontram-se com algum pormenor elencadas por DUARTE (2006: 48-50).



A qual tem sempre como objectivo último a punição do agente, enquanto nisso se encontra uma forma de dar satisfação à sociedade pelo mal cometido, numa lógica que sendo de realização da prevalecente finalidade da prevenção geral positiva de integração (3), não deixa de ter uma preocupação da ressocialização daquele, face à personalidade evidenciada pelo mesmo e desvalor ético da conduta.

Mas estando em causa direitos “patrimoniais” – que por definição pressupõem a sua titularidade por uma pessoa ou entidade afectada com o comportamento do agente – a questão que com legitimidade se coloca é indagar se a defesa do ordenamento jurídico, no domínio criminal, se pode bastar com a mera aplicação das penas punitivas.

Dito de outra forma, será que essa responsabilização tem procurado atender ao interesse patrimonial da *vítima*, no sentido de reintegração do património desta?

Concretizando melhor a linha de raciocínio justificativa do que se vai empreender, diremos o seguinte: a “tutela da vítima” como pedra de toque angular e objectivo último das legislações penais não é uma preocupação dos nossos dias, antes vem sendo objecto de grande reflexão e objecto de ensaios doutrinários, particularmente dos jurista alemães (4), a partir de cuja elaboração o direito positivo alemão tem dado passos decisivos e até vanguardistas nesta área, donde sempre será curial não esquecer o que de positivo por aí se puder recolher.

Por outro lado, a eventual defesa da introdução da “sanção reparatória” no direito penal não se pode fazer sem historiar a evolução dogmática desta questão entre nós.

Na verdade, com a entrada em vigor do art. 128º do Cód. Penal (ora 129º) veio-se colocar um ponto final na discussão da doutrina acerca da natureza da indemnização arbitrada no domínio do processo penal, ao consagrar-se aí, de forma positiva e literal, que “*essa indemnização é fixada exclusivamente segundo critérios da lei civil*”.

Face a isto, parecia que se podia concluir em definitivo por um processo de autonomização teleológica entre o direito penal e o direito civil, na medida em que se

---

(3) Cremos que se continua a afigurar como mais convincente essa teoria penal defendida entre nós por Figueiredo Dias, particularmente quando no aspecto da legitimação da pena, sublinha que “*Toda a pena que responda adequadamente às exigências preventivas e não exceda a medida da culpa é uma pena justa*” - DIAS (2004: 78-81).

(4) Podendo-se destacar neste plano os que integraram a equipa de juristas que elaborou o chamado “Projecto Alternativo da Reparação” Alemão [*Alternativ – Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*], publicado no ano de 1992, que constituiu precisamente um modelo pioneiro nesta temática de que será abordado com maior profundidade e detalhe *infra*.





optava por o direito penal se apartar das consequências do facto, da pessoa da vítima, em suma da reparação do dano!

Só que já então certos autores como FIGUEIREDO DIAS (1993: 78) lamentavam que a ideia de atribuir à reparação do dano proveniente de um crime natureza especificamente sancionatória de carácter penal – como um efeito penal da condenação, de arbitramento oficioso, obedecendo a critérios de medida de natureza especificamente penal, e capaz de cumprir eficazmente as finalidades próprias da sanção penal – tivesse sido abandonada pelo nosso sistema, precisamente no momento em que uma boa parte da doutrina, designadamente alemã, mais do que um interesse na qualificação, apresentava com insistência a proposta de fazer da reparação uma terceira forma de reacção criminal.

Nesse contexto falava-se de três formas de “reacção criminal”: a par das duas que dogmaticamente e como tal têm sido consagradas nos direitos positivos modernos – a pena (de prisão e multa) e a medida de segurança – havia a “sanção reparatória”.

E a questão que cuidaremos de equacionar num primeiro aspecto da abordagem é precisamente a de indagar se poderá haver vantagens – em termos de utilidade e conveniência – em trilhar essa via, obviamente que não deixando de circunscrever em tal, e dentro da área temática da nossa investigação, o âmbito dos crimes abrangidos.

Para num momento subsequente tentar definir um modelo de operacionalização, aqui numa dupla vertente.

Como se posicionaria temporalmente essa terceira forma de reacção criminal, em termos da entidade competente para aquilatar da verificação dos seus pressupostos e proferir a decisão da sua eventual aplicação, e mais concretamente se haverá necessidade de uma intervenção jurisdicional *stricto sensu*.

Sendo que importará indagar se, em qualquer caso, as formas processuais penais existentes são em alguma medida obstáculo à solução que se perfilhe e, na afirmativa, o que é que seria o âmbito necessário e imprescindível de uma reforma legislativa a empreender.

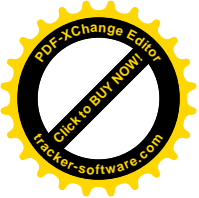
A opção por um ou outro modelo/via de solução será tudo menos inócuo ou indiferente, mas cremos que em tal não poderá deixar de se ter presente que o que se busca é uma solução pragmática, que a não ser compaginável com os imperativos constitucionais existentes e o quadro legal vigente, implique uma reforma que não deixe de ser coerente com o vigente sistema político-criminal no seu todo.



Releve-se o que tudo isto representa ou pode ser configurado como utópico, mas na medida em que esta via – da “solução reparatória” – para além das suas incontestáveis vantagens de ordem prática (desde logo a nível de maior celeridade na realização da Justiça, e de menores custos, com tudo o que isso representa no plano do *eficientismo* e *economicismo* (5) sempre presentes na escala de valores de quem tem a responsabilidade política pela administração da justiça em cada momento temporal!), parece ter virtualidades para através dela se lograr um reforço da validade e vigência da norma violada, contribuindo poderosamente para o restabelecimento da paz jurídica quebrada pelo crime, cremos que está evidenciada a enorme pertinência social, jurídica e política do tema.

---

(5) Muito brevemente pode-se dizer que o *Eficientismo Penal*, representando a essência do Racionalismo, tem por objectivo tornar a relação entre meios (investigação, processo e execução) e fins (condenação, repressão e prevenção do ilícito) menos onerosa económica e politicamente. De referir que na actual era da Globalização, face ao enfraquecimento dos “Estados-Nação”, das suas Constituições e à generalização do sentimento de insegurança, o *eficientismo* tem vindo continuamente a impôr-se.



## II

# A EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DA REPARAÇÃO DO DANO NO DIREITO CRIMINAL PORTUGUÊS

## A

### NATUREZA DA INDEMNIZAÇÃO ARBITRADA NO PROCESSO PENAL

Perscrutando a linha de evolução histórica do nosso direito a este propósito, desde logo se pode constatar que quer nas Ordenações Filipinas, quer no art. 6º da Nova Reforma Judiciária, se determinava que a acção civil de perdas e danos podia cumular-se com a acusação penal ou ser proposta em separado: estava consagrado, assim, um sistema de alternatividade ou opção.

Por outro lado, decorria dessa mesma Reforma Judiciária (cf. arts. 299º e 304º do mesmo) e bem assim da Novíssima Reforma Judiciária (cf. arts. 1165º e 1170º) que só haveria lugar à condenação em perdas e danos “*quando a parte lesada a houvesse pedido*”, pelo que o juiz penal decidia verdadeiramente da própria acção civil mesmo quando o lesado escolhesse a via penal para aí deduzir expressamente o seu pedido, sendo certo que



poderia ser condenado o réu na indemnização de perdas e danos, embora a sentença penal fosse absolutória (6).

Diferentemente, o legislador do Cód. Proc. Penal de 1929, não só não manteve a possibilidade de o juiz condenar na indemnização nos casos em que a acção criminal não conduziu a uma sentença condenatória, como estendeu a obrigatoriedade do arbitramento da reparação a todos os casos de condenação (ainda quando não preexistisse um pedido de indemnização de perdas e danos).

Neste quadro, era sustentado ao tempo por CAVALEIRO DE FERREIRA (1955: 79 s.) e VAZ SERRA (1959: 196) o entendimento segundo o qual o arbitramento de uma reparação ao ofendido, na sentença condenatória penal, constituía uma decisão *em coisa cível* (uma indemnização civil de perdas e danos).

Em contraponto, o Supremo Tribunal de Justiça não deixava de ir vincando que o problema da indemnização civil de perdas e danos era coisa *diferente* do da reparação arbitrada em processo penal, podendo ser caso de, numa posterior apreciação de um pedido de indemnização civil, no cômputo desta, se levar em consideração o montante arbitrado já em processo penal (v.g. o Acórdão de 10 de Maio de 1955) (7).

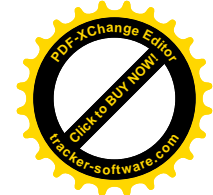
Sem embargo, face à nova estruturação do Cód. Proc. Penal de 1929, sustentava doutamente FIGUEIREDO DIAS (1966: 113) “*que se abandonaram as concepções que valiam no direito anterior – e não só quando se substituiu o sistema de opção pelo da adesão em princípio obrigatória, mas sobretudo enquanto se desligou a reparação arbitrada da indemnização pedida e se deixou de ver naquela uma indemnização «em coisa cível», para se passar a reconhecê-la como efeito penal da condenação, em concordância notória com as ideias que FERRI e os seus adeptos tinham veementemente defendido*”.

Contudo, o art. 128º do C.Penal de 1982, consagrando opção doutrinal expressa, ao dispor que “*a indemnização de perdas e danos emergente de um crime é regulada pela lei*

---

(6) Mais aprofundadamente sobre a questão, em comentário ao correspondente art. 29º, OSÓRIO (1932).

(7) Consultável in B.M.J. nº 49, a pags. 326, cumprindo destacar o seguinte segmento: “*quanto à indemnização de perdas e danos em processo cível, tem que ter o julgador em consideração o que consta do processo penal, ou para, na fixação da indemnização, levar em conta a importância estabelecida no crime (...) ou para determinar que na indemnização que fixar, se for maior, se tem de abater a que já foi fixada no crime. Isto no caso de elevação, pois se tiver que manter a já fixada, assim deverá proceder*”.



civil”, eliminou o carácter oficioso da atribuição da indemnização e os critérios penais do seu arbitramento (8).

E isto sem se ter abandonado o sistema (processual) de adesão obrigatória do pedido de indemnização civil ao processo penal, sistema que subsiste nos precisos termos do art. 71º do Cód. Proc. Penal vigente (reforma de 1987), segundo o qual o “*pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante tribunal civil, nos casos previstos na lei*”, sendo certo que é agora coerentemente possível poder ter lugar a condenação em indemnização civil mesmo em caso de absolvição no processo penal (cf. art. 84º do mesmo Cód. Proc. Penal vigente).

Perfilhou-se assim o designado sistema da *interdependência* da acção penal e da civil (9), sistema que, com brevidade se pode definir como aquele que tem como traço comum e essencial a possibilidade/obligatoriedade de juntar as duas acções, por, na palavra de EDUARDO CORREIA, se reconhecer a “*natureza tendencialmente absorvente do facto que dá causa às duas acções*”, em atenção aos “*efeitos úteis que, do ponto de vista penal, se ligam à indemnização civil*” (1963: 16 s.).

É certo que neste quadro vem sendo legitimamente sustentado (10) que o actual regime do Cód. Penal (ora art. 129º do mesmo) traduz o abandono da reparação como um efeito penal da condenação.

Na verdade, diversamente do que acontece no regime actual, na vigência do Cód. Proc. Penal de 1929, os critérios de medida da reparação não se confundiam

---

(8) Sem embargo, uma atenuação recente neste caminho se detecta, operada pelo aditamento do art. 82º A ao C.P.Penal, com a epígrafe de “*Reparação da vítima em casos especiais*”, que é do seguinte teor: “1. Não tendo sido deduzido pedido de indemnização civil no processo penal ou em separado, nos termos do artigos 72º e 77º, o tribunal, em caso de condenação, pode arbitrar uma quantia a título de reparação pelos prejuízos sofridos quando particulares exigências de protecção da vítima o imponham. 2. No caso previsto no número anterior, é assegurado o respeito pelo contraditório. 3. A quantia arbitrada a título de reparação é tida em conta em acção que venha a conhecer de pedido civil de indemnização.”

(9) Uma breve caracterização conceitual dos 3 soluções legislativas típicas do problema, a saber, o sistema da *confusão total* das acções penal e civil (aquele onde ainda se confundia o direito penal com o civil e no qual prevalecia o interesse da vítima em obter vingança e reparação no processo penal instaurado, em detrimento do interesse da sociedade na punição do culpado), o sistema da *absoluta independência* ou separação das acções penal e civil (aquele em que acentuando as marcantes diferenças entre as duas acções, se entendia ser de “purificar” o processo penal de todas as questões relativas à reparação pecuniária do dano produzido pelo facto criminoso, donde não ser de prestar atenção directa no processo penal à pessoa do lesado) e o do citado sistema da *interdependência* das duas acções, pode encontrar-se em DIAS (1966: 88-100)

(10) Assim FIGUEIREDO DIAS (1993: 78).



necessariamente com os critérios jurídico-civis, antes eram de natureza predominantemente penal, fruto da específica função político-criminal que àquela (reparação) era reconhecida.

Daí que tal tivesse sido legitimamente considerado por FIGUEIREDO DIAS (1983: 78) como “*um passo atrás na evolução do nosso sistema sancionatório*”, qualificando mesmo esse abandono conter em si alguma ironia, por ocorrer “*precisamente quando uma parte da doutrina, sobretudo alemã, começou a apresentar, com insistência, a proposta de fazer da reparação nada menos que um **terceiro degrau** do direito penal, ao lado do da pena e do da medida de segurança*”.

## B

### DE EFEITO PENAL DA CONDENAÇÃO A TERCEIRA FORMA DE REACÇÃO CRIMINAL?

Por isso que a questão que ainda agora metodologicamente entendemos ser de colocar é a de saber se num sistema de *adesão obrigatória* (do pedido de indemnização civil ao processo penal) com a configuração que hoje nos rege, ainda faz algum sentido ou é possível atribuir à reparação do dano proveniente de um crime natureza especificamente sancionatória de carácter penal, senão mesmo e “*à outrance*”, se se configura como legítimo fazer da reparação uma verdadeira sanção (penal) reparatória.

Ou antes e apenas aquilatar o “*problema da reparação penal, de forma independente da questão da indemnização civil por perdas e danos, como consequência jurídica autónoma do crime e como forma de colocar termo ao próprio processo penal, substituindo assim em alguns casos a aplicação de penas*”? (11).

Ou ainda e finalmente, deveria a reparação constituir um novo fim da pena, em termos de poder ela alcançar um significado independente tanto juntamente com a retribuição, quanto com a prevenção geral ou especial?

---

(11) Nesta linha entende ser de problematizar como questão de base para o seu estudo MONTE (2003: 130).



Consabidamente estas têm sido as 3 propostas/soluções para a introdução da reparação no Direito Penal com que a ciência criminal nos últimos anos se vem debatendo.

Desde logo esta última dita tese é de rejeitar liminarmente, na medida em que, como argutamente aduziu ROXIN (2001: 137-146), o fim da pena, num Direito Penal Moderno, apenas pode ser o de evitar o ilícito, isto é, uma ideia de prevenção, acrescentando que se se defendesse o contrário (a reparação como fim autónomo das penas), daí decorreriam duas incontornáveis evidências: ou a reparação não possui qualquer efeito preventivo ou, paradoxalmente, a reparação até estimularia o cometimento do ilícito.

Na verdade, sob o ponto de vista das teorias preventivas, não pode deixar de se reconhecer que o efeito preventivo especial estaria seguramente reduzido se o autor do ilícito constataste que, em caso de fracasso, somente necessitaria de restituir o *status quo ante*, isto é, cessaria em grande medida o risco para o mesmo se ele com o cometimento do ilícito só pudesse ganhar, nunca perder; da mesma forma, sob o ponto de vista da prevenção geral, a bastar-se a mera reparação, tal não poderia deixar de significar um convite ao cometimento do ilícito, ao qual em nada faria renunciar, pois que, por exemplo, na pior das hipóteses, a ameaça consistiria na devolução do que se houvesse obtido.

Ora se assim é, não há como não entender como o fez ROXIN, no sentido de que é impossível a reparação como um fim da pena, uma vez que ela contradiz a função desta.

Dito de outro modo, a reparação deve constituir uma prestação autónoma que seja útil para alcançar os fins tradicionais das penas, que seja no fundo um *instrumento* de utilidade preventiva – tanto para os fins da prevenção geral, quanto para aqueles da especial – para o direito penal, tendo em vista que só na medida em que o consiga, substituirá a pena ou servirá para atenuá-la.

Assim sendo, ficam-nos as outras duas propostas/soluções para a introdução da reparação no Direito Penal como objecto da nossa análise.

Neste conspecto, diremos agora e em complemento do que já supra se aludiu, que uma eventual afirmativa à 1ª vertente da problematização é uma ideia que vai buscar as suas origens à doutrina da escola positiva italiana (proposta e sufragada sobretudo por FERRI), nos termos da qual se reconhece virtualidades à reparação (arbitrada em processo penal) de cumprir uma específica função político-criminal, qual seja a de colaborar na realização das finalidades próprias das sanções legais de cariz preventivo, na estrita medida



em que se assinalava *função e natureza penais* à reparação civil derivada de um facto criminoso, sendo ela própria *um momento essencial da repressão penal* (12).

Esta tese veio a ter pouco acolhimento a nível de direito comparado, sem embargo do nosso já citado art. 34º do Cód. Proc. Penal de 1929 a ter consagrado em alguma medida, opção feita seguramente em função das suas inegáveis virtualidades, posto ainda hoje se consubstanciar como válida sob diversos prismas (13).

Não será assim de estranhar que por alguns penalistas alemães, cujo representante mais destacado foi SESSAR, num aprofundamento de uma ideia de “publicização” da reparação civil, tenha sido sustentado a ideia de constituir a reparação uma pena para determinados ilícitos, e bem assim uma “sanção negativa” para os mesmos, constituindo então a reparação uma pena autónoma ao lado das já existentes, integrando o catálogo sancionatório do Direito Penal.

Esse penalista apoiou o seu entendimento basicamente em dois argumentos principais, a saber, a ideia de que a reparação possui um carácter penal e a escassa ou nula necessidade de pena, em determinadas hipóteses, por parte da população, acrescentando ainda que a indemnização pelo autor do ilícito representa um menoscabo patrimonial que se lhe impõe (e porque o faz responsável pelo resultado danoso), acrescentando ainda ter efeitos preventivos, produzir efeitos penais e, em muitos casos, tornar desnecessária a imposição de uma sanção posterior.

E também entre nós e para o nosso sistema jurídico-penal essa é uma solução sustentada em alguma medida – ainda que em termos de *iure constituendo* – por MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA (2003: 257-291), se bem que estribando-se mais concretamente nos ensinamentos e reflexões de ESER.

Contudo temos presente que no contexto do debate actual sobre política-criminal, se assume como prevacente a *tese da diversão* (como tributária de um princípio de desjudiciarização), a par com o *princípio da intervenção mínima* (e o da proporcionalidade), e fala-se mesmo de uma *justiça criminal consensual* (com o sentido de

---

(12) Mais desenvolvidamente sobre a questão, veja-se DIAS (1966: 100 e s.).

(13) Nesta linha, veja-se DIAS (1966: 105/137-138)





se fazer apelo à participação e ao consenso, conferindo um papel activo à vítima e ao autor do delito, “recuando” e restringindo o seu domínio o Estado) (14).

Noutro plano poder-se-á convocar o *princípio da subsidiariedade*, como vector da ideia-chave de se evitar a intervenção do Direito Penal, em linha com o entendimento de que o restabelecimento da paz jurídica poderia ser operado com meios não penais como a reparação, em certas situações, isto é, com ela estruturada de forma paralela às penas e às medidas de segurança.

Enfim, será que nos resta a ideia de “composição privada do conflito” como o plano em que a reparação penal pode e deve desempenhar o seu papel enquanto consequência jurídica autónoma do crime?

A esta luz, a verdadeira questão que deve orientar a nossa análise é, desde logo, a da clarificação do que é que se deve entender com a afirmação do paradigma da “reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime”, tese relativamente à qual, num certo sentido, FIGUEIREDO DIAS foi precursor entre nós (15). É que também já este distinto penalista não deixava de, numa fase ulterior, questionar que sendo certo haver argumentos favoráveis à dita solução da reparação como terceiro degrau do direito penal, *“se ela obriga à consideração da reparação como um tertium genus das sanções penais, ao lado das penas e das medidas de segurança, ou se não bastará (ou não será mesmo preferível) considerá-la sempre em certos casos, como um efeito penal da condenação, atribuindo-lhe o estatuto processual correspondente.”* (1993: 79).

Obviamente que importa então equacionar como é que se poderia estruturar na actualidade uma e outra solução, o que não pode ser alcançado de modo dissociado da eventual relevância da reparação penal como solução do problema penal, que o mesmo é dizer, se a mesma se pode ou deve configurar como substitutiva ou alternativa da clássica reacção criminal que é a pena (de prisão ou multa), de forma que, a par com a medida de segurança (a outra clássica forma de reacção criminal) se pudesse falar de uma concepção tripolar das consequências jurídicas do crime, isto é, com a reparação (penal) do dano enquanto terceira forma de reacção criminal.

---

(14) Sobre toda esta temática do novo paradigma da justiça criminal e com a necessária profundidade, RODRIGUES (2003: 207-234)

(15) Pelo menos foi-o seguramente no sentido de o afirmar como solução a não ser descurada (pela legislação e doutrina portuguesas): é esta a avaliação que sobre o pensamento de tal distinto Mestre é feita por MÁRIO MONTE (2003: 130, nota (5)).



## C

### CONSAGRAÇÃO ACTUAL NOS NORMATIVOS PENAIS

Julgamos ser útil para o desenvolvimento da nossa investigação e o alcance dos seus resultados, efectuar agora uma visita ao quadro legal vigente quanto ao nosso particular domínio de investigação, logo por aí necessariamente restrita.

Para isso, obviamente que importará *aprofundar* o concreto campo normativo onde a questão se coloca, elencando os dispositivos do Direito penal (Código Penal, na versão de 4 de Setembro de 2007) em que subjacente à tipicidade se encontra uma ideia de *fraude* patrimonialmente relevante, sem que o termo expressamente seja utilizado como elemento do tipo, a saber:

- abuso de confiança (arts. 205º e 206º);
- burla (arts. 217º e 218º);
- infidelidade (art. 224º);
- abuso de cartão de garantia ou de crédito (art. 225º);
- usura (art. 226º);
- receptação e auxílio material (arts. 231º e 232º).

Num segundo momento, também se justificará um breve incursão pelo Direito penal secundário, *maxime* pelo direito tributário (REGIME GERAL DAS INFRACÇÕES TRIBUTÁRIAS – Lei nº 15/2001 de 5 de Junho, na sua actual redacção), como paradigmático de soluções já ensaiadas de intensificação da reparação penal, a saber:

- receptação de mercadorias objecto de crime aduaneiro (art. 100º);
- abuso de confiança (fiscal) (art. 105º);
- abuso de confiança contra a segurança social (art. 107º).

Vejamos então, com referência às disposições do CÓDIGO PENAL vigente



1) o tipo de crime de *abuso de confiança* (arts. 205º e 206º) (16) e (17):

O *bem jurídico* protegido neste tipo legal incriminatório é exclusivamente a propriedade (18), sendo certo que o conceito penal de “propriedade” inclui o poder de facto sobre a coisa, com fruição das utilidades da mesma (19).

O *tipo objectivo* consiste na apropriação de coisa móvel que tenha sido entregue ao agente por título não translativo da propriedade (20).

O *tipo subjectivo* será uma conduta dolosa numa qualquer das suas variantes, sendo possível ocorrer erro relevante para efeitos dos arts. 16º e 17º do mesmo C.Penal.

Quanto à *restituição* ou *reparação integral*, cumpre dizer que a sua relevância foi introduzida pela reforma do C.Penal de 2007, estando dependente a correspondente extinção do procedimento criminal de haver acordo entre o arguido e o ofendido e desde que tal ocorra até à publicação da sentença da 1ª instância; a possibilidade de extinção da responsabilidade criminal por esta via, traduz a atenção do legislador à circunstância de neste âmbito dos crimes contra o património, o ofendido ficar satisfeito com a reparação do dano que lhe foi causado ou a restituição do que era seu, disponibilizando-se naturalmente a dar a sua concordância para a extinção da responsabilidade criminal, pela poupança de tempo e dinheiro em delongas processuais que daí lhe advém, acrescendo que para o tribunal a condenação que, nesses casos, no anterior regime tinha que ser proferida, na sua essência era um exercício retórico.

---

(16) cf. Anexo de Legislação.

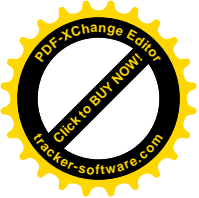
(17) Os conceitos de “valor elevado” e “valor consideravelmente elevado” a que se reportam estes artigos, bem como os subsequentes, são-nos dados no art. 202º do mesmo C.Penal, correspondendo àquele o valor excedente a 50 UC e a esta o valor excedente a 200 UC (tudo avaliado no momento da prática do facto).

Sendo que “UC” significa “unidade de conta”, estando esta estabelecida nos termos do art. 5º, nº2 do DL nº 212/89 de 30 de Junho, a saber, “a quantia em dinheiro equivalente a um quarto da remuneração mínima mensal mais elevada, garantida, no momento da condenação, aos trabalhadores por conta de outrem, arredondada quando necessário para o milhar de escudos mais próximo ou, se a proximidade for igual, para o milhar de escudos imediatamente inferior”, sendo certo que para o corrente ano de 2011, a mesma está fixada em € 102,00 (com a publicação do DL nº 34/2008, de 28 de Fevereiro, foram alterados quer o processo de cálculo do valor da *unidade de conta*, quer o seu regime de actualização – art. 22º de tal normativo – sendo que presentemente tal é feito por referência ao valor dos *indexantes dos apoios sociais*, determinado anualmente – art. 5º, nºs 2 e 3 do Regulamento das Custas Processuais).

(18) Na definição autorizada de DIAS (1999: 94).

(19) Assim ALBUQUERQUE (2008: 566).

(20) Mesmo ALBUQUERQUE (2008: 566).



Como doutamente salienta PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2008: 571) “o legislador decidiu, e bem, alterar este estado de coisas, permitindo que também em relação aos crimes públicos a satisfação do interesse do ofendido possa fazer cessar a responsabilidade criminal. Destarte, é também uma nova categoria processual de crimes que nasce: os crimes públicos cuja procedibilidade depende da vontade do ofendido. (...)”.

Por outro lado, está prevista quanto a este ilícito a ocorrência de atenuação especial da pena em caso de *restituição* ou *reparação* (sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância”, sendo que a atenuação especial da pena em referência é *obrigatória* sempre que a reparação ou restituição é *integral* (e podendo ser cumulada com outras causas de atenuação especial da pena, mas sem embargo da condição contida no art. 72º, nº3 do C.Penal).

2) o tipo de crime de *burla* (arts. 217º e 218º) (21):

O *bem jurídico* protegido neste tipo legal incriminatório é o património de outra pessoa (e não a verdade no comércio), sendo certo que, para efeitos jurídico-penais, o “património” inclui todos os direitos, as posições jurídicas e as expectativas com valor económico compatíveis com a ordem jurídica (22).

O *tipo objectivo* consiste em, por meio de erro ou engano sobre factos que o agente astuciosamente provocou, determinar uma pessoa à prática de actos que causem prejuízo patrimonial a essa pessoa ou a um terceiro (23).

O *tipo subjectivo* admite apenas as formas de dolo directo e necessário (uma vez que a astúcia é incompatível com o dolo eventual), sendo que este tipo inclui ainda um elemento subjectivo adicional, a saber, a *intenção* de obter para si ou para terceiro, *enriquecimento ilegítimo* (24).

São, assim, elementos deste crime: o uso de erro ou engano sobre os factos, astuciosamente provocado; para determinar outrem à prática de actos que lhe causem prejuízo patrimonial; intenção de obter para si ou para terceiro um enriquecimento

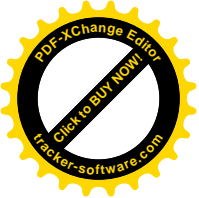
---

(21) Cf. Anexo de Legislação.

(22) Neste sentido, ALBUQUERQUE (2008: 598).

(23) Assim, o mesmo ALBUQUERQUE (2008: 599).

(24) Também vincando este aspecto, COSTA (1999: 309).



ilegítimo.

“O crime de burla apresenta-se como a forma evoluída de captação do alheio, se o compararmos com os crimes patrimoniais cometidos com recurso à violência física, à ameaça intimidativa. Aqui, o agente, ao invés, serve-se do erro e do engano para que inacauteladamente a vítima se deixe espoliar (...)” (25).

De referir que ao constar a referência nestes normativos à aplicação do disposto no art. 206º do C.Penal, atinente à *restituição* ou *reparação* (26), cobra aqui plena aplicação o que supra ficou dito quanto ao crime de abuso de confiança neste particular.

### 3) o tipo de crime de *infidelidade* (art. 224º) (27):

O *bem jurídico* protegido neste tipo legal incriminatório é igualmente o património de outra pessoa (28).

O *tipo objectivo* traduz-se na provocação a interesses patrimoniais alheios de prejuízo patrimonial importante, por pessoa a quem foi confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor, administrar e fiscalizar esses interesses (29).

O *tipo subjectivo* parece só admitir o dolo directo ou necessário (uma vez que o agente tem de actuar “intencionalmente”) (30).

De referir igualmente aqui que ao constar a referência neste normativo à aplicação do disposto nos nºs 2 e 3 do art. 206º do C.Penal, atinente à *restituição* ou *reparação*, cobra aqui plena aplicação o que supra ficou dito quanto ao crime de abuso de confiança neste particular.

---

(25) Cf. HENRIQUES e SANTOS (1987: 142).

(26) e bem assim nos tipos especiais da *Burla relativa a seguros* (nº5 do art. 219º do C.Penal), *Burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços* (nº3 do art. 220º do C.Penal), *Burla informática e nas comunicações* (nº6 do art. 221º do C.Penal) e *Burla relativa a trabalho ou emprego* (nº3 do art. 222º do C.Penal).

(27) Cf. Anexo de Legislação.

(28) Neste sentido, ALBUQUERQUE (2008: 617).

(29) Assim, o mesmo ALBUQUERQUE (2008: 618).

(30) Veja-se neste sentido e com alguma profundidade CARVALHO (1999: 367-369).



4) o tipo de crime de *abuso de cartão de garantia ou de crédito* (art. 225º) (31):

O *bem jurídico* protegido neste tipo legal incriminatório continua a ser o património de outra pessoa (32).

O *tipo objectivo* consiste no abuso de um cartão de garantia ou de crédito, causando deste modo prejuízo ao emitente do cartão ou a terceiro (33).

O *tipo subjectivo* supõe o dolo, pelo menos o eventual (34).

De referir aqui igualmente que ao constar a referência neste normativo à aplicação do disposto no art. 206º do C.Penal, atinente à *restituição* ou *reparação*, cobra aqui plena aplicação o que supra ficou dito quanto ao crime de abuso de confiança neste particular.

5) o tipo de crime de *usura* (art. 226º) (35):

O *bem jurídico* protegido neste tipo legal incriminatório continua a ser o património de outra pessoa (36).

O *tipo objectivo* consiste na exploração da situação de necessidade, anomalia psíquica, incapacidade, inépcia, inexperiência ou fraqueza de carácter do devedor, ou relação de dependência deste, por força do que o mesmo se obrigue a conceder ou prometer, sob qualquer forma, a favor do agente ou de outra pessoa, vantagem pecuniária que for, segundo as circunstâncias do caso, manifestamente desproporcionada com a contraprestação (37).

O *tipo subjectivo* exige o dolo directo ou necessário (não bastando, portanto, o dolo eventual) (38).

---

(31) Cf. Anexo de Legislação.

(32) Neste sentido, ALBUQUERQUE (2008: 620).

(33) Assim, o mesmo ALBUQUERQUE (2008: 621).

(34) Opinião sustentada por CUNHA (1999: 380).

(35) Cf. Anexo de Legislação.

(36) Também neste sentido, ALBUQUERQUE (2008: 623).

(37) Assim o mesmo ALBUQUERQUE (2008: 623).

(38) Opinião sustentada por CARVALHO (1999: 391-292).



De referir que também quanto a este ilícito, ocorrendo um *arrependimento* ou *reparação* por parte do agente, por um dos modos melhor discriminados numa das três alíneas do n.º 5 do mesmo, ocorre uma “atenuação especial da pena” ou “o facto deixa de ser punível”.

6) o tipo de crime de *receptação* e de *auxílio material* (arts. 231.º e 232.º) (39):

O *bem jurídico* protegido em ambos os tipos legais incriminatórios (receptação e auxílio material) continua a ser o património de outra pessoa, acrescendo no segundo deles ser igualmente protegida a realização da justiça (40).

O *tipo objectivo* consiste no 1.º dos ditos ilícitos (receptação) na dissimulação de coisa que foi obtida por outrem mediante “facto ilícito contra o património”, no recebimento dessa coisa em penhor, na sua aquisição por qualquer título, na sua detenção, conservação, transmissão ou na contribuição para a sua transmissão, ou na segurança, para si ou para outra pessoa, da sua posse; já no 2.º desses ditos ilícitos (auxílio material), consiste no auxílio ao autor do facto ilícito contra o património para que ele aproveite o benefício da coisa obtida por meio desse facto (41).

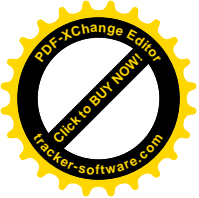
O *tipo subjectivo* no 1.º dos ditos ilícitos (receptação) só admite o dolo directo ou necessário (dado o dolo de dissimular ser incompatível com o dolo eventual), sendo certo que se trata neste caso de um ilícito típico em que se exige um dolo específico relativamente à proveniência da coisa, isto é, é necessário que o agente saiba efectivamente que a coisa provém de um facto ilícito típico contra o património, pelo que a simples admissão dessa possibilidade, a título de dolo eventual, não é suficiente para o preenchimento do tipo subjectivo, sendo certo que este tipo de crime exige ainda, como elemento subjectivo, a intenção de obter uma vantagem patrimonial; já quando está em causa o n.º 2 do art. 231.º do C.Penal, cumpre dizer que a exigência de um conhecimento efectivo da proveniência criminosa da coisa no tipo fundamental da receptação era uma constante no direito português neste particular, mas a revisão de 1995 limitou a conduta tipicamente relevante à aquisição ou recebimento de coisa sobre que recai a suspeita de

---

(39) Cf. Anexo de Legislação.

(40) Neste sentido, ALBUQUERQUE (2008: 636 e 639).

(41) Assim, o mesmo ALBUQUERQUE (2008: 636 e 639).



provir de facto ilícito típico contra o património, transformando-o num verdadeiro crime contra o património.

Daí que, relativamente ao dito 1º ilícito (receptação), tenha sido vincado que “*a essência do presente tipo pode resumir-se do seguinte modo: pune-se aquele que adquire ou recebe uma coisa que, por força de certas características (qualidade, preço ou condição do transmitente), faz razoavelmente suspeitar de que provém de facto ilícito típico contra o património, sempre que o agente, nessas circunstâncias, não se tenha assegurado da legítima proveniência da coisa*” (cf. PEDRO CAEIRO, 1999: 485 e 494).

De referir aqui igualmente que ao constar a referência nestes normativos à aplicação do disposto no art. 206º do C.Penal, atinente à *restituição* ou *reparação*, cobra aqui plena aplicação o que supra ficou dito quanto ao crime de abuso de confiança neste particular.

Vejamos agora com referência às disposições do REGIME GERAL DAS INFRACÇÕES TRIBUTÁRIAS – Lei nº 15/2001 de 5 de Junho, na sua actual redacção

1) o tipo de crime de *receptação de mercadorias objecto de crime aduaneiro* (art. 100º) (42):

O *bem jurídico* protegido neste tipo legal incriminatório consiste nos interesses ou valores tributários do Estado (autoridade aduaneira).

O *tipo objectivo* aproximando-se do crime comum de receptação (do art. 231º do C.Penal), abrange o acto de dissimular coisa que foi obtida por outrem mediante facto ilícito típico contra o património, a receber em penhor, a adquirir por qualquer título, a detiver, conservar, transmitir ou contribuir para a transmitir, ou de qualquer forma assegurar, para si ou para outra pessoa, a sua posse, mas abrange somente mercadoria objecto de crime aduaneiro (43).

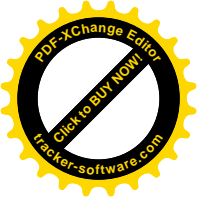
Quanto ao *tipo subjectivo*, trata-se de um crime que só é punível a título de dolo, sendo, para além disso, necessário um dolo específico, consubstanciado na intenção de o

---

(42) Cf. Anexo de Legislação.

(43) Assim SOUSA e SANTOS (2003: 623).





agente obter vantagem patrimonial para si ou para terceiro (44), sendo obviamente necessário que o agente tenha conhecimento (ainda que posterior à aquisição da mercadoria) que a mercadoria tenha sido objecto de crime aduaneiro.

No nº3 deste preceito está prevista uma atenuação especial da pena ou mesmo ser o agente dela isento, caso *entregue* a mercadoria objecto do crime e *indique* (com verdade) *de quem a recebeu*, antes de iniciado o processo penal ou no seu decurso.

2) o tipo de crime de *abuso de confiança (fiscal)* (art. 105º) (45):

O *bem jurídico* protegido neste tipo legal incriminatório continua a consistir nos interesses ou valores tributários do Estado (administração tributária), mais concretamente na confiança do Fisco em relação a quem a lei impõe a obrigação de deduzir prestação tributária (46).

O *tipo objectivo*, centrando-se na não entrega total ou parcial de prestação tributária ou equiparada, traduz-se num “apropriar-se”, num fazer sua coisa alheia, sendo que a apropriação sucede à posse ou detenção, de coisa validamente/licitamente obtida, mas a título precário ou temporário, dando-se a inversão do título de posse, sendo que esta resulta da não entrega a que o agente estava legalmente adstrito (47).

Quanto ao *tipo subjectivo*, trata-se de um crime punível nos termos gerais (só) a título de dolo.

No particular do regime contido no actual nº4 deste preceito, cumpre dizer que se estabelece aí uma “condição de punibilidade” que permite ao agente não ser punido, mediante o *pagamento* que efectue, nas condições aí previstas.

---

(44) Nesse sentido, SOUSA e SANTOS (2003: 625).

(45) Cf. Anexo de Legislação.

(46) Note-se que, diversamente, durante a vigência do anterior RJFNA (“Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras”, instituído pelo DL nº 20-A/90 de 15 de Janeiro), com referência ao uso da expressão “*verdade sobre a situação fiscal*”, no art. 26º respectivo, era entendido que a “*fraude fiscal emergia tipicamente como um crime de falsidade*” – assim DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa” (1999: 418).

(47) SOUSA e SANTOS, (2003: 646).



3) o tipo de crime de *abuso de confiança contra a segurança social* (art. 107º) (48):

O *bem jurídico* protegido neste tipo legal incriminatório consiste mais especificamente no “património da segurança social”, se bem que não lhe seja alheio “a relação de confiança, o especial dever de colaboração das entidades empregadoras para com a administração da segurança social” (49).

O *tipo objectivo* traduz-se na não entrega às instituições de segurança social das prestações devidas pelas entidades empregadoras que tenham feito a correspondente dedução do valor das remunerações devidas a trabalhadores e membros dos órgãos sociais.

Quanto ao *tipo subjectivo*, trata-se de um crime punível nos termos gerais (só) a título de dolo.

Por força da remissão para o nº 4 do artigo 105 deste mesmo regime legal, torna-se também aqui aplicável a “condição de punibilidade” que permite ao agente não ser punido, mediante o *pagamento* que efectue, nas condições aí previstas.

\*

Apreciação final:

Como cremos ter resultado claro da exposição e análise vinda de efectuar, a “reparação” (que pode revestir a modalidade de “restituição”, ou “entrega”, ou “pagamento”) prevista ou referida respectivamente nos diversos normativos citados, consiste apenas em lhe atribuir relevância para efeito de “extinção da responsabilidade criminal” ou de “atenuação especial da pena” ou de “dispensa da pena”, isto é, ou como pressuposto negativo da (obstáculo à) punição, ou como determinante essencial da pena (atenuação ou dispensa da mesma), que não minimamente como “sanção reparatória” autónoma.

Ainda assim, também se nos afigura desde já como mais certo que a assumir a mesma relevância autónoma como consequência do crime e da responsabilização criminal (como correlato jurídico de uma “solução reparatória”), sobretudo num sistema como o nosso actualmente adoptado de adesão obrigatória, obviamente que tal apenas poderia e deveria ser operado a nível adjectivo.

---

(48) Cf. Anexo de Legislação.

(49) Assim, A. LOPES DIAS, citado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 8/2010, DR, nº 186, série I, de 2010.09.23 relativo ao “Crime de abuso de confiança fiscal e Crime de abuso de confiança contra a segurança social” – consultável in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



### III

#### O EFEITO RESSOCIALIZADOR DA SOLUÇÃO REPARATÓRIA

Cremos que é quase um lugar comum – com destaque para a possibilidade de participação auto-responsabilizadora do arguido no discurso punitivo do Estado – afirmar que a “solução reparatória” para o agente de um ilícito penal tem efeito ressocializador do mesmo.

Daí que o *punctum saliens* da questão passa pelo estabelecer da distinção entre tal forma de reacção criminal relativamente à tradicionalmente considerada como tal, que é a aplicação de uma sanção *tout court* (privativa de liberdade ou pecuniária), e mais concretamente se com esta, mais do que se ter doutrinariamente em vista a ressocialização do agente, tal é um objectivo efectivamente conseguido nessa sede, para depois estabelecer o contraponto com a “solução reparatória” e descortinar as melhores virtualidades desta última, sendo disso caso.

### A

#### VIRTUALIDADES AO NÍVEL DO REFORÇO DA VALIDADE E VIGÊNCIA DA NORMA VIOLADA



Feito este enfoque, não pode deixar agora de se reconhecer que objectivos de ressocialização desde sempre têm sido convocados para justificar e legitimar a aplicação das sanções penais, sob o ponto de vista das finalidades das penas criminais, mormente quando se fala da prevenção especial do delinquente, mais por ter uma função positiva de socialização deste, do que por realizar funções negativas subordinadas de advertência individual, ou de segurança, ou de inoculação do mesmo (que também reconhecidamente as cumpre).

Daí que, a nosso ver, o que relevará para o nosso propósito será descortinar se a dita “solução reparatória” cumpriria com mais e melhor mérito o objectivo de ressocialização do delinquente, ao mesmo tempo que conseguiria cumprir finalidades mais globais perante a comunidade jurídica.

Temos presente que é por todos reconhecido – também por tal ser demonstrado pela experiência – ser extremamente difícil, senão mesmo em alguns casos virtualmente impossível, ressocializar um indivíduo que se encontre em cumprimento efectivo de pena em meio prisional, uma vez que para além de não ser *ab initio* fácil corrigir atitudes psicossociais deficientes, acresce ser ainda mais difícil preparar um criminoso para uma vida de acordo com a lei (e em liberdade!), sob as condições de ausência desta...

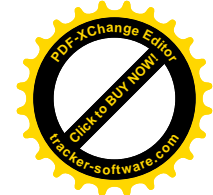
Ademais, a pena de multa não pode contribuir insofismavelmente para um comportamento futuro incensurável do autor do ilícito.

Ora, passando agora a aprofundar o primeiro aspecto desta análise, desde logo é possível constatar ser sublinhado que à *reparação* deve atribuir-se um acentuado efeito ressocializador, na medida em que obriga o autor do ilícito a entretecer-se com as consequências da sua conduta para a vítima, e pode, inclusive, conduzi-lo a um acordo com ela, ou, pelo menos, a uma mútua compreensão e ao perdão “moral” da falta por ele cometida. (50)

Igualmente não custa compreender e aceitar que, não estando privado da sua liberdade, o autor de um ilícito fica numa posição privilegiada para poder fisicamente reparar ele próprio o dano, quando é certo que para número significativo de criminosos não deixará de haver uma louvável intenção imanente de *reparação* do dano que, dessa forma, terá condições materiais efectivas de poder naturalmente vir a ter lugar.

---

(50) Assim FIGUEIREDO DIAS (1993: 78), citando e seguindo de perto CLAUS ROXIN.



Acresce que se postula como facto mais consentâneo com a natureza humana, a vontade de reparar a vítima ir naturalmente desaparecendo no decorrer do cumprimento da uma pena privativa de liberdade, pelo que, deixar ou esperar que no final desse cumprimento a voluntária *reparação* seja um imperativo para o autor do ilícito, será seguramente perfilhar uma visão por demais ingénua do comportamento humano, na medida em que o mais expectável será nesse momento, esgotado que está o espectro da “sanção criminal”, tal não constituir para ele uma das suas mais prementes “preocupações” ...

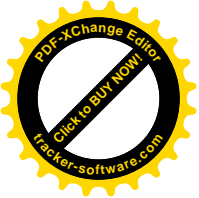
Donde, parece incontornável não deixar de reconhecer a um sistema clássico das reacções criminais, uma paradoxal menor virtualidade de favorecer a *reparação* da vítima, com o efeito paralelo de dessa forma não se lograr uma ressocialização autêntica e genuína do autor do ilícito, num grau consistente, não só sob o ponto de vista qualitativo, como até quantitativo.

Ademais, intentar a ressocialização através do “tratamento” por via do cumprimento de uma pena privativa de liberdade, por natureza pressupõe ou admite uma duração ilimitada, o que sempre coloca dúvidas à luz dos bons princípios do Estado de Direito, para além do que num “tratamento” pode legitimamente colocar-se a questão de haver o perigo de violação da personalidade do autor do ilícito.

Finalmente, também se pode argumentar que a inclusão da *reparação* e do acordo de compensação autor  $\leftrightarrow$  vítima no Direito Penal constitui um favorecimento efectivo para aquele (autor do ilícito), o qual tem dessa maneira a possibilidade real e efectiva de, mediante uma *reparação* rápida e voluntária da parte do mesmo, obter uma atenuação da pena ou ver tal valorado como condição de suspensão da execução dessa pena (obviamente se tal *reparação* for operada na fase anterior ao julgamento e condenação).

Neste sentido se torna então legítimo afirmar que tanto do ponto de vista da sociedade, como do próprio agente do ilícito, se encontram oportunidades numa motivação deste último a empenhar-se com o máximo e melhor das suas energias a fim de alcançar um acordo de compensação que satisfaça a vítima.

Ora, procurando-se a ressocialização por intermédio de um acto de *reparação*, não estará efectivamente o autor do ilícito numa posição privilegiada e ao abrigo de consequências dessocializantes que provocam a pena privativa de liberdade, ao não se encontrar afastado da sua profissão, dos seus vínculos sociais e protegido dos perigos de infecção criminal no estabelecimento prisional?



Foi precisamente ponderando uma tal linha de argumentação que CLAUS ROXIN (1999: 8) concluía no sentido de que “*Estamos aqui, por conseguinte, diante de uma situação pouco comum, na qual convergem os interesses da vítima e do autor: precisamente aí reside a grande força de fascinação deste modelo*”.

Na verdade, de acordo com este eminente penalista alemão, segundo essa compreensão, a *reparação* do dano não constitui uma questão jurídico-civil *tout-court*, mas algo que contribui fundamentalmente também para a realização dos fins da pena: ela tem um decisivo efeito ressocializador, na medida em que obriga o autor do ilícito a enfrentar-se com as consequências da sua actuação, do mesmo passo que o obriga a conhecer os legítimos interesses da vítima; pode fomentar um reconhecimento das normas; pode conduzir a uma reconciliação entre autor ↔ vítima e, consequentemente, facilitar a reintegração daquele; contribui para a prevenção integradora, ao oferecer um caminho de restauração da paz jurídica, porquanto “*só quando se haja reparado o dano, a vítima e a comunidade considerarão eliminada – amiúde, inclusive, independentemente de um castigo – a perturbação social originada pelo ilícito*” (51).

Com efeito, por parte da comunidade, depois da infracção da norma (e da decepção que tal representa!), apenas se pode alcançar a pacificação do sentimento jurídico caso se tenha em conta as necessidades da vítima.

Sendo certo que a reparação que haverá de produzir o efeito de pacificação há-de ser uma *reparação* voluntária por parte do autor do ilícito, e mais, há-de este ter feito tanto, que a comunidade jurídica terá de se sentir pacificada.

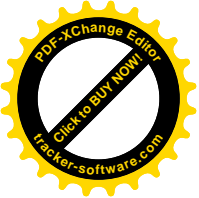
Ora se assim é, cremos estar evidenciado em que medida é que a *reparação*, a par da dita ressocialização (prevenção individual positiva) do autor do ilícito, consegue cumprir finalidades mais globais perante a comunidade jurídica.

Significa isto que devemos entusiasticamente perfilhar uma sua adopção ampla, em termos de a introduzir no direito penal na veste de *sanção (penal) reparatória*?

Cremos que a resposta final deve ficar dependente da análise mais aprofundada que se segue.

---

(51) Veja-se um melhor desenvolvimento no dito ROXIN (1997: 109, § 64).



## B

### CONTRIBUIÇÃO PARA O RESTABELECIMENTO DA PAZ JURÍDICA

Concretizando melhor este vector já por mais do que uma vez aflorado, diremos agora que se se configurar a *reparação* como uma prestação social construtiva, cuja imposição – ao invés do que acontece, por exemplo, com a pena privativa de liberdade – pode ser vivida pelo autor do ilícito espontaneamente, como plena de sentido e justa, se pode ela, dessa forma, conduzir efectivamente ao reconhecimento do Direito, parece-nos que tanto o faz positivamente para ele agente da infracção, como para a comunidade no seu todo.

Nesta linha, cremos que é agora o momento de analisar a questão à luz da teoria dos fins das penas, isto é, se uma “solução reparatória” é ou não efectivamente apta a alcançá-los.

É sabido que os diversos fins das penas embora só recentemente tenham sido teorizados, sempre estiveram presentes no exercício do direito penal.

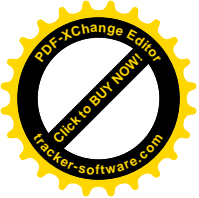
As variações ao longo das diferentes épocas, consistiram principalmente numa alteração do posicionamento relativo entre retribuição e prevenção.

Antes de explicitar esta afirmação, cumpre precisar estes últimos conceitos, sob o ponto de vista dogmático.

Na verdade, para que o direito penal possa prosseguir a sua função, podem ser seguidos caminhos diferentes: pode optar-se pela ideia segundo a qual a reacção criminal é uma pura exigência de justiça (“teorias absolutas”, ligadas essencialmente às doutrinas da *retribuição* ou da *expição*, sendo certo que EDUARDO CORREIA foi um ilustre defensor das “teorias retributivas”); ou antes pela via que considera que a reacção criminal tem como fim proteger certos interesses, conservá-los e defendê-los (“teorias relativas”, que se analisam em dois grupos de doutrinas – as da *prevenção geral* e as da *prevenção especial ou individual*) (52).

---

(52) Note-se que para as teorias absolutas a reacção criminal decorre de uma exigência da própria violação (denominando-se como teorias ético-jurídicas), enquanto as teorias relativas fazem decorrer a sanção da necessidade de evitar futuras violações (são estas as teorias utilitárias, finalistas).



Há ainda as “teorias mistas”, para as quais o fim da sanção é uma reacção contra o passado, visando ao mesmo tempo evitar futuras violações, por estar em causa “a aplicação de um mal correspondente ao mal praticado, imposta por imperativos morais, lógicos, dialécticos, estéticos, religiosos ou sociais. Quem procede mal deve pagar esse mal como é justo, e é justo que sofra um mal igual ao que praticou” (53) (estas são as “teorias mistas” com pendor na *retribuição*); a aplicação da sanção pode, no entanto, ter em vista tão-só a prevenção de futuras violações, intimidando a generalidade das pessoas e desviando-as assim da prática do crime (prevenção geral) ou tentar actuar sobre o agente, mas num sentido segregador, afastando-o da sociedade, com intenções reeducativas, correctivas ou intimidativas (prevenção especial) (estas são as “teorias mistas” da *prevenção integral*) (54).

Esclarecendo melhor: as doutrinas de *retribuição* e *prevenção* têm em comum o facto de preverem como condição de aplicação da pena a prática de um facto ilícito, pelo que a diferença reside em que nas teorias da retribuição, o facto ilícito é o pressuposto e a medida da pena, enquanto que nas teorias preventivas é o mero pressuposto, estando em causa não compensar o mal do crime, mas sim prevenir a prática de futuros crimes.

Ao longo da história estas teorias têm-se afirmado ciclicamente, sem que em algum momento qualquer delas tivesse alcançado um consenso definitivo.

Senão vejamos: as ideias pitagóricas eram no sentido da pena como retribuição; já Platão defendia a prevenção; na Idade Média, ganha relevo a teoria relativa; foi Grócio, na Idade Moderna, que construiu a primeira teoria da pena, libertando-a de concepções bíblicas e teológicas, mas reconhecendo fins sobretudo retributivos; pensadores do direito natural como Hobbes, Puffendorf e Wolf apenas consideravam a função preventiva da pena, enquadrando-a na doutrina do contrato social (foi em torno desta ideia que no final

---

(53) a citação é do já referido CORREIA (1971: 41).

(54) Para a doutrina da “prevenção geral”, postula-se como ideia central que a pena tem que actuar psicologicamente sobre a generalidade dos cidadãos, o que se consegue “(...) através da ameaça de uma punição que contenha um sofrimento maior que o prazer que para a generalidade das pessoas possa estar ligado à prática do facto proibido e através da execução efectiva da ameaça quando o crime vem a ter lugar, para intimidação da generalidade pelo sofrimento imposto ao delinquente que se não deixou intimidar pela ameaça” – CORREIA (1971: 47-48); Por sua vez, podemos dizer que a doutrina da “prevenção especial” assenta na ideia que o crime decorre de tendências da personalidade do delinquente, e que a pena visa defender a sociedade de elementos que a perturbam, é a forma de segregar indivíduos tidos como socialmente perigosos e de tratar os corrigíveis, donde acabar por ser punido quem é perigoso e por ser perigoso, pelo que “culpa” é sinónimo de perigosidade, sendo certo que o pensamento preventivo entende que a pena deve ser individualizada, que deve variar consoante o delinquente, o que implica existir uma classificação destas, isto é, a pena é uma defesa social .





do século XVII e no século XVIII que Beccaria e Feuerbach construíram as suas teorias); surgem então Kant e Hegel a reagir contra essas ideias utilitárias, defendendo a retribuição; na Alemanha do século XIX a escola correcionalista justifica a necessidade de prevenção especial, tal como a escola positivista Italiana; ainda nos nossos dias há defensores de ambas as teorias (55).

Por outro lado, de acordo com o ilustre pensamento de FIGUEIREDO DIAS, de exigências como a necessidade e subsidiariedade jurídico-penal decorre a ideia de que apenas *“finalidades relativas de prevenção, geral e especial, não finalidades absolutas de retribuição e expiação, podem justificar a intervenção do sistema penal e conferir fundamento e sentido às suas reacções específicas. A prevenção geral assume com isto o primeiro lugar como finalidade da pena”* (56), sendo obviamente que quando se fala aqui de “prevenção geral”, está em causa a prevenção geral no seu sentido positivo ou de integração.

Ora também o direito penal português, no que toca aos fins das penas, tem reflectido este longo percurso histórico.

Dispensando-nos uma análise histórica circunstanciada, diremos apenas que o Código Penal vigente rejeita a teoria retributiva (cf. arts. 40º e 74º do C.Penal) independentemente do papel atribuído à culpa (limite ou fundamento), apostando claramente na prevenção geral. E se a ressocialização do delinquente é uma preocupação central do Estado (nem de outro modo podia ser num Estado de Direito e considerando a inalienável dignidade da pessoa humana!), contudo parece seguro poder dizer-se que o mesmo Código Penal dá sinais claros de uma particular preocupação com a prevenção geral de integração (cf. as bastas referências à “paz social” – arts. 61º, 91º e 74º, nº1,al.c) do mesmo).

Sem nos querermos ater apenas a considerações doutrinárias, qual então o *quid* que a “reparação” pode representar no nosso actual sistema jurídico-penal nessa mesma tarefa da realização da prevalecente finalidade da prevenção geral positiva de integração?

A nosso ver a resposta é por demais evidente.

A via da “solução reparatória”, designadamente por via das “práticas restaurativas”, enquanto forma de resolução dos conflitos, revela algumas características muito

---

(55) Seguimos de perto nesta exposição o já citado CORREIA (1971: 42-44).

(56) Assim DIAS (1993: 72).



específicas: aproximação aos cidadãos, maior informalidade, simplicidade, celeridade, apelo ao consenso construtivo.

Em contraponto com uma “justiça vertical” que os intervenientes não sentem como sua, estamos aqui perante uma “justiça horizontal” que co-responsabiliza todas as partes, dando-lhes voz e apelando à sua participação na construção das soluções, face ao que esta abordagem vai, desde logo, contribuir para ajudar a vítima a ultrapassar o episódio vivido, através de uma catarse construtiva, e fazer com que o delinquente se sinta “sujeito” e não “objecto” do processo.

A justiça dita “restaurativa” promove uma justiça de proximidade, obedece a uma lógica de criatividade e de flexibilidade dos meios de administração de conflitos, de participação dos interessados, de desconcentração e de descentralização. Esta justiça (“restaurativa”) impulsiona um maior envolvimento das comunidades na discussão dos problemas criminais e possibilita o perdão e o arrependimento entre o agressor e a vítima (57).

Enfim, numa palavra, com ela não se visa apenas resolver um litígio, mas também tanto quanto possível reconciliar as partes, sendo que ao fazê-lo se está, tanto quanto possível, a contribuir para a integração do agente e para a pacificação social.

Nesta linha de argumentação, permitimo-nos mesmo citar SELMA PEREIRA DE SANTANA (2006: 347), quando argutamente sustentava que *“À reparação pode ser atribuído algo mais do que apenas uma importância marginal dentro do espectro total de possibilidades imagináveis de reação e de consequências jurídicas. O topos da reparação assume e desempenha hoje um papel central no discurso teórico jurídico-penal e político-criminal da atualidade. A reparação, como terceira via, a nosso ver, teria lugar para exercitar a confiança à norma; gravaria o comportamento, aumentando a probabilidade de que se aprendesse, em geral, a considerar a conduta ilícita como uma alternativa a não se ter em conta. Nessa medida, a reparação exercitaria a confiança e as expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada, proporcionando o restabelecimento da paz jurídica comunitária, abalada pelo cometimento do crime”*.

Sendo certo que em seu reforço se pode convocar ser inegável que o aumento da aplicação de alternativas penais em detrimento às falidas penas privativas de liberdade vai

---

(57) Um maior enfoque e desenvolvimento sobre estas concretas vantagens e características pode encontrar-se em FERREIRA (2006: 26-27).



ao encontro do moderno entendimento da comunidade internacional que procura uma efectivação concreta do carácter reeducativo da pena.

Finalmente, sem pretender que apenas a utilização de medidas alternativas não privativas de liberdade será a panaceia para todos os problemas relativos à eficiente penalização do infractor, importa reconhecer que são grandes os benefícios trazidos à sociedade e ao Estado com o uso das alternativas penais, podendo-se realçar o seguinte: a oportunidade que o condenado tem de exercer uma ocupação lícita, uma aprendizagem, um lazer e, concomitantemente, responder perante a sociedade pelas normas de conduta infringidas; o facto de o infractor não ter a sua personalidade abalada ou mesmo radicalmente alterada pelo convívio diário e isolado com toda a espécie de marginais que se amontoam nas prisões, evitando, assim, o potencial surgimento de organizações criminosas que, *a posteriori*, poderão ser altamente perigosas para a ordem pública; a manutenção do condenado por crime de pequena gravidade no seio da sociedade, expiando o seu erro de forma útil à colectividade e dentro dela; a ausência futura do estigma de ex-recluso, pois que este, com toda a certeza, condiciona negativamente a sua reinserção no meio dos sectores sociais; a possibilidade de o infractor, prestando serviços à comunidade, demonstrar suas aptidões profissionais e artísticas, levando-o ao exercício consciente da cidadania; a menor reincidência, exuberantemente demonstrada em numerosas pesquisas feitas por todo o mundo; o alívio da sobrelotação penitenciária do País, reduzindo possibilidades de motins e revoltas; possibilidade de indemnização da vítima ou seus familiares; possibilidade que tem o juiz de adequar a pena à gravidade objectiva do facto ilícito; diminuição dos custos do sistema penitenciário e redireccionamento das verbas para outros fins sociais; mão de obra gratuita para as entidades que acolherem os condenados; doação de alimentos, medicamentos e produtos similares para entidades beneficiadas e protocoladas; elaboração de um programa de justiça social envolvendo as instituições judiciais e organizações governamentais e não governamentais visando parcerias, entre muitas outras vantagens.

Concluindo, diríamos então que se a paz social é no nosso direito positivo efectivamente uma preocupação dominante no contexto das reacções criminais, influenciando a política criminal sob o ponto de vista dos fins das penas, a “reparação” pode e deve ser vista como um particular instrumento de realização dessa política, cuja relevância e força operativa é indelével.



O que é coisa diversa da mesma como sanção autónoma no catálogo das reacções criminais...

Na verdade, do que se trata é mais propriamente de advogar uma nova forma e um novo discurso de administrar a justiça, perante a “falência” dos fundamentos do anterior sistema e as fraquezas do sistema judiciário que tem estado vigente, constituindo um novo paradigma da correspondente abordagem.

## C

### PROBLEMATIZAÇÃO PRÁTICA

Só que, aqui chegados, ainda assim não podemos deixar de constatar dificuldades dogmáticas nesta particular resposta afirmativa à nossa questão de base, que ainda assim o fosse sem qualquer reserva ou ressalva.

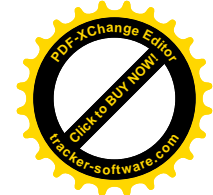
É que, domínios da vida há em que se suscitam dificuldades liminares: basta pensar nas situações em que frequentemente um dano causado à vítima de um ilícito termina sendo compensado por meio de uma indemnização paga através de um seguro por danos materiais (por ela contratado), ou através de um seguro de responsabilidade civil (contratado pelo autor do ilícito).

Com efeito, a “prestação reparatória” que por essa via venha a ter lugar, concretiza-se sem que ocorra qualquer confrontação entre autor do ilícito e vítima na busca de um apaziguamento entre ambos, para além de que tal “prestação reparatória” não constitui geralmente uma oneração patrimonial para o autor do ilícito.

E ainda que o exercício de uma acção de regresso possa atenuar esta “irresponsabilidade” primária do autor do ilícito, bem como cominar-se a este – no caso de exclusão de acção de regresso – prestações imateriais e simbólicas (58), não pode deixar de

---

(58) No chamado “Projecto Alternativo da Reparação” Alemão [*Alternativ – Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*], publicado no ano de 1992, que constituiu precisamente um modelo pioneiro nesta temática de configurar a reparação como uma “terceira via”, a par da pena e das medidas de segurança, e que será abordado com maior profundidade e detalhe infra, previram-se várias modalidades complementares e subsidiárias de efectivação da reparação dependentes da circunstância de existir ou não o direito a uma acção



se reconhecer que, nessas situações, as finalidades de prevenção, sobretudo as de prevenção especial, resultam comprometidas na estrita e directa medida em que o desejado encontro entre autor  $\leftrightarrow$  vítima, gerador do apaziguamento entre ambos, se encontra irreversivelmente prejudicado.

Complementarmente, num outro plano, que se poderia designar de transistemático da actual política criminal (relativamente ao direito penal e à sua ciência) – e que empresta racionalidade e legitimação ao discurso da criminalização – se o conceito e princípio da carência de tutela penal dá expressão ao princípio da subsidiariedade e da *ultima ratio* do Direito Penal, do mesmo passo não pode deixar de se aceitar que se estabeleça uma distinção liminar fruto da possível intervenção concorrencial das diferentes formas de “práticas restaurativas”, a saber, consoante se esteja perante uma “ínfima”, “pequena”, “média” ou “grave” criminalidade, particularmente com o sentido de que, nesta última, uma “solução reparatória” desde logo não se afigura como prestável nem sobretudo suficiente, quer sob o ponto de vista da prevenção geral, quer sob o ponto de vista da prevenção especial (59).

---

de regresso da seguradora contra o autor do ilícito, ou quando a pretensão de indemnização da vítima tivesse sido transferida por força da lei ou mediante cessão.

(59) Neste ponto julgamos curial citar a douda observação de LEITE (2009: 125), no sentido de que “(...) *não existe verdadeiro **Rechtsstaat** que não pugne pela defesa de um conjunto de princípios em sede de Direito Criminal que lhe são basilares e que, por certo, reflectem opções de política criminal que, discutíveis, marcam a ossatura do ordenamento jurídico. Tais princípios são irrenunciáveis e inegociáveis (...)*”.



#### IV

### RAZÕES PARA UMA TEORIZAÇÃO NO ÂMBITO DA FRAUDE JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE

#### A

#### DISTINÇÃO ENTRE FRAUDE CIVIL E FRAUDE PENAL?

Cremos ser no aquilatar da distinção entre *fraude civil* e *fraude penal* que se vai encontrar o correcto procedimento metodológico que permitirá demonstrar a valia da “solução reparatória” que nos vem norteando, reportada a esta categoria de ilícitos mas com possível extrapolação para os demais.

Objectivo que implica necessariamente *analisar* os comportamentos subjacentes a esta natureza de ilícitos (60).

Ora, esta análise não poderá ser feita de forma dissociada de uma explicitação do elemento subjectivo sempre necessário neste tipo de ilícito, em particular o *dolo (criminal)*, em contraposição com o *dolo civil*, pois que a definição distintiva dos dois tipos de dolo, dada a sua ténue linha de demarcação, a nosso ver permitirá encontrar o dito fundamento.

---

(60) Tendo presente que se considera hoje ultrapassada a *teoria da dependência da lei penal relativamente a outros ramos de direito*, eles sim “criadores” da ilicitude (tributária da *teoria das normas* de BINDING e da sua distinção entre “norma” e “lei penal”) e da consequente afirmação da *unidade da ilicitude* (se uma acção viola um imperativo jurídico qualquer, ela constitui-se por força do *princípio da unidade da ordem jurídica*, em ilícito para todos os ramos do direito) - cf. DIAS (2004: 14-15).



Senão vejamos, e tomando como hipótese e caso particular de análise, o crime de burla *stricto sensu*.

Como refere NELSON HUNGRIA (1982: 168) “*com os seus variadíssimos processos, a fraude é bem o atestado do poder de inventiva e perspicácia do homo sapiens. Tem espécies e subespécies, padrões clássicos e expedientes de acaso. Há a fraude reconhecível a olho nu como infracção penal e a «parva calliditas», que se abriga à sombra de uma proclamada «naturalis licentia decipiendi». Há a fraude corriqueira dos clientes habituais da prisão e a fraude subtil daquela «criminosos astutos e afortunados» de que nos conta FERRIANI. Há as trapaças minúsculas do comércio a varejo e as burlas maiúsculas dos jogos de Bolsa. Há a fraude grosseira, de empulhar pascácios, e a fraude de alta escola, de embair os mais argutos.*”

Mas não se deve esquecer que neste crime, a matéria punível não é a fraude propriamente dita, o engano ou o induzir em erro, mas a locupletação ilícita ou a injusta lesão patrimonial, sendo o engano somente um momento precursor do crime. Esta concepção, hoje adquirida pelo direito penal, traduz-se, aliás, na inserção sistemática do respectivo tipo entre os crimes contra o património.

Por outro lado, pode verificar-se uma identificação, de modo e de finalidade, entre a fraude que integra a burla e o dolo que vicia os contratos de carácter económico, o que levou a questionar se haveria, então, uma *fraude civil* distinta de uma *fraude penal*; questão a que logo o direito positivo responde positivamente, bastando considerar o dano culposos, o esbulho possessório sem violência ou ameaça grave, o incumprimento de contrato (em geral), a acção de condenação de dívida não vencida, a lide temerária, o abuso de direito, o recebimento culposos do não devido, como actos ilícitos que, no entanto, a lei não define como crimes.

Ademais, a conduta enganosa e astúcia do agente deve ser adequada à prática de certos actos pelo burlado e estes actos do burlado devem ser causa adequada da verificação do prejuízo patrimonial do ofendido, verificando-se em termos de nexo de causalidade aquilo que alguns autores (61), identificam como um *triplo nexo de causalidade*, entre a conduta astuciosa e o engano, entre o engano e o cometimento de actos pelo burlado e entre estes actos e o prejuízo patrimonial do ofendido.

---

(61) Assim, FERNANDA PALMA e RUI PEREIRA (1994: 323-324).



Numa opção, em que muitas vezes não é imediatamente reconhecível um rigor científico ou distinção ontológica entre tais factos, por razões de política criminal, o legislador efectua uma selecção, elegendo as condutas penalmente censuráveis entre as quais não inclui o facto contra direito que não provoque alarme colectivo, caso em que se contenta com os meios próprios do direito civil, como sancionamento.

Parte-se, assim, da maior gravidade do ilícito *penal*, da mais extensa e intensa perturbação social que causa.

Não obstante serem múltiplas as teorias que se apresentaram para clarificar esta distinção (cfr. sobre a sua consideração HUNGRIA, 1982: 171-191), é de aceitar, face às dificuldades, incluindo práticas, de estabelecer uma distinção ontológica entre o injusto *penal* e o *civil*, pelo menos em face do direito positivo, que o único critério discriminativo aceitável será, pois, o critério relativo e não apriorístico da suficiência ou insuficiência das sanções não-penais, de forma a que, só quando a sanção civil se apresenta como ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a necessidade da sanção penal, o último dos recursos (62).

O que obviamente nos remete para a decisão e prática jurisprudencial, reportada ao caso concreto.

Refere-se T. S. VIVES ANTON (2004: 497-498) no título engano e dolo “in contrahendo”, à linha divisória entre a fraude, constitutiva da burla, e o simples ilícito civil nos seguintes moldes: «*Na doutrina civil o “dolo in contrahendo” determinante da nulidade do contrato (dolo grave ou causante) configura-se em termos praticamente idênticos ao engano constitutivo da burla (vid. Díez Picazo), inclusive quanto à eficácia causal para produzir e provocar o acto dispositivo.*»

Em consequência, a linha divisória entre a fraude constitutiva da burla, e o simples ilícito civil, na medida em que o dolo *in contrahendo* civil determinante da nulidade do contrato se configura em termos muito idênticos ao engano constitutivo da burla (inclusive quanto à eficácia causal para produzir e provocar o acto dispositivo), deve ser encontrada

---

(62) Adere-se deste modo à tese de que o direito penal é verdadeiramente *autónomo* e *criador de uma específica ilicitude penal*, correspondendo-lhe o grau máximo de protecção dos bens jurídicos, na estrita medida em que respeitando o princípio constitucional da “necessidade (carência) de tutela penal” – art. 18º, nº2 da C.R.Portuguesa – “(...) a violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à realização da personalidade de cada um na comunidade. Nesta precisa acepção, o direito penal constitui, na verdade a *ultima ratio* da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente *subsidiária*” – cf. DIAS (2004: 15-16 e 121).





em diversos índices indicados pela Doutrina e pela Jurisprudência, tendo-se presente que o dolo *in contrahendo* é facilmente criminalizável desde que concorram os demais elementos estruturais do crime de burla.

Importa, assim, procurar delimitar o âmbito de protecção da norma, do ilícito subjacente ao crime de burla, como já se adiantou.

ALMEIDA COSTA (1999: 300) refere que no plano criminal se exige que “*a consumação do delito dependa, não de um qualquer domínio-do-erro (ainda que efectivo) mas de um domínio-do erro jurídico-penalmente relevante*”, tendo em consideração uma restrição adicional do desvalor de acção subjacente à burla, cuja definição remete para o princípio da boa fé (em sentido objectivo): “*uma «exigência de consideração pelos interesses legítimos da outra parte», nele radica o decisivo critério da lealdade que deve acompanhar as relações das pessoas no comércio jurídico e, portanto, o limite da relevância do domínio-do-erro no quadro da burla*”.

Ora é este desvalor da acção que permite responder à dificuldade com que se pode ser confrontado, a propósito da criminalização da vida colectiva. Como se disse supra, há um dano social e não puramente individual; há a violação do mínimo ético; há um perigo social, mediato ou indirecto; há uma violação da ordem jurídica que, por sua intensidade ou gravidade, tem como único sancionamento sanção adequada a pena.

Relembremos: pode referir-se o ilícito penal como a violação da ordem jurídica, contra a qual, pela sua intensidade ou gravidade, a única sanção adequada é a pena, enquanto o ilícito civil é a violação da ordem jurídica, para cuja repressão bastam as sanções da indemnização, da execução forçada ou *in natura*, da restituição ao *status quo ante*, da anulação do acto.

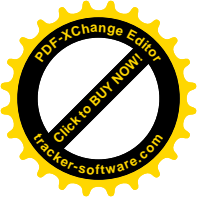
O que obviamente nos remete para a decisão e prática jurisprudencial, reportada ao caso concreto.

O Supremo Tribunal de Justiça, respondendo ao apelo ao julgador que se vem de referir, tem-se efectivamente pronunciado, em diversos arestos (63), sobre situações de charneira na distinção que se vem fazendo, adoptando os critérios que se enunciaram.

A este propósito, o Ac. do S.T.J. de 20-12-2006 (64), cujo sumário resulta claramente elucidativo:

---

(63) v.g. Acórdão de 01-04-1998, processo nº 97P1337, nº convencional JSTJ00033802; de 04-10-2007, processo 07P2599, nº convencional JSTJ000, e de 08-11-2007, processo 07P3296, nº convencional JSTJ000, todos consultáveis in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



*“I - Nos termos da lei, o crime de burla apresenta-se como um crime material ou de resultado, de dano contra o património alheio, que nem sequer exige efectivo benefício do burlão, bastando que ao nível do tipo objectivo se observe o empobrecimento, e que tem como pressupostos:*

- a intenção de obter para si ou terceiro enriquecimento ilegítimo*
- por meio de erro ou engano sobre factos que, astuciosamente, provocou;*
- determinar outrem à prática de factos que lhe causem ou possam causar prejuízos.*

*II - Na doutrina, o crime de burla - cf. Comentário Conimbricense ao Código Penal, pág. 293, de Almeida Costa - é configurado como um delito de execução vinculada, em que a lesão do bem jurídico tem de ocorrer como consequência de uma muito particular forma de comportamento, sob a forma de meio enganoso tendente a induzir outra pessoa num erro que, por seu turno, a leve a praticar actos de que resultem prejuízos patrimoniais próprios ou alheios.*

*III - Passa o delito em apreço por um duplo nexo de imputação objectiva entre a conduta do agente e a prática, pelo burlado, de actos tendentes a uma diminuição do património próprio ou alheio e, depois, entre os últimos e a própria lesão.*

*IV - No essencial, em qualquer destes momentos está presente a teoria da adequação, que se prende com o valor ou conteúdo comunicacional entre os sujeitos, em ordem à definição do domínio do erro jurídico-penalmente relevante.*

*V - A pedra de toque para aferir e inferir tal adequação assenta no princípio da boa fé, cujo uso permite distinguir e autonomizar situações: se no caso concreto a sucumbência ao erro viola ou não as regras daquele princípio, seja por palavras ou declarações expressas descrevendo uma falsa representação da realidade, seja por actos concludentes, seja por omissão.*

*VI - Na burla assiste-se a um dispositivo de estratégias, à organização de enganos, a um certo cenário (mise-en-scène) que tem por fim dar crédito à mentira e enganar terceiros.*

*VII - O que verdadeiramente distingue o dolo civil do dolo criminal, na esteira de Chauveau e Hélie - citados por Beleza dos Santos, RLJ, Ano 76, n.º 2760, 1943, pág. 275 - é que no dolo civil se compreendem as manhas e artificios que, embora, de per si, censuráveis, são no entanto empregados, menos com o intuito de prejudicar outrem, do que no interesse de quem faz uso deles. É nessa categoria que se vêm a integrar os actos mentirosos nos contratos, o exagero do preço ou das qualidades do objecto da venda.*

*VIII - A lei penal não atingiu essa imoralidade; o dolo criminal não se manifesta somente pela simulação, pela manha, pois na burla procura-se enganar, enredar, prejudicar terceiros.*

*IX - A astúcia é algo que acresce à mentira, à dissimulação, ao silêncio, com carácter artificioso, reforçado habilmente com factos, atitudes e aproveitamento de circunstâncias que a tornem particularmente credível.*

*X - A astúcia é um meio de enganar, com especial habilidade, direccionada ao aproveitamento ou mesmo criação de condições que lhe confirmem particular credibilidade.*

*XI - O embuste não tem que ser sofisticado, rebuscado, altamente engenhoso, só apreensível por pessoas superiormente dotadas, deixando sem protecção o cidadão medianamente inteligente, pois o que se pretende é que, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, seja idóneo a enganar a boa fé da vítima, de modo a convencê-la a praticar actos em seu prejuízo, limitando-se ao que se torna necessário ao seu objectivo.”*

Há, assim, fraude penal:

- quando há propósito *ab initio* do agente de não prestar o equivalente económico;

---

(64) de que foi relator o Cons<sup>o</sup> Armino Monteiro, consultável in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo 06P3383, n<sup>o</sup> convencional JSTJ000.



- quando se verifica dano social e não puramente individual, com violação do mínimo ético e um perigo social, mediato ou indirecto;
- quando se verifica uma violação da ordem jurídica que, por sua intensidade ou gravidade, exige como única sanção adequada a pena;
- quando há fraude capaz de iludir o diligente pai de família, evidente perversidade e impostura, má fé, *mise-en-scène* para iludir;
- quando há uma impossibilidade de se reparar o dano;
- quando há intuito de um lucro ilícito e não do lucro do negócio.

Na verdade, nos negócios, em que estão presentes mecanismos de livre concorrência, o conhecimento de uns e o erro ou ignorância de outros, determina o sucesso, apresentando-se o erro como um dos elementos do normal funcionamento da economia de mercado, sem que se chegue a integrar um ilícito criminal; mas pode também a fraude penal manifestar-se numa simples operação civil, quando esta não passa de engodo fraudulento usado para envolver e espoliar a vítima, com desprezo pelo princípio da boa fé, traduzindo-se num desvalor da acção que, pela sua intensidade ou gravidade, tem como única sanção adequada a pena.

Neste contexto, de confessada e incontroversa dificuldade de estabelecer a distinção, cremos também poder ser encontrado fundamento teleológico para a adopção de uma “solução reparatória” como forma de resolução do litígio.

Dito de outro modo: se a fronteira da distinção entre *fraude civil* e *fraude penal* é em muitas situações difícil de estabelecer e constitui uma opção sindicável, então é porque o grau de ilicitude e de desvalor da acção nessas situações de fronteira – que acabam qualificadas como *criminais* – é de tal modo baixo e diminuto, que se encontra aí fundamento e justificação bastante para que tais litígios terminem pela dita via da “solução reparatória”, que é o principal objectivo do que se designa actualmente por “justiça restaurativa” (65) (66).

---

(65) No estudo da criminologia actual, pode-se dizer que há duas correntes principais que guiam a ciência do direito penal, a saber, a justiça criminal retributiva e a justiça criminal restaurativa, sendo que esta última pode ser entendida como um conjunto de valores que destacam a importância de uma assistência maior e mais activa às vítimas de crimes, responsabilizando directamente os ofensores pelos danos causados à comunidade e às pessoas individualmente. Este conceito [de justiça restaurativa] também é denominado de “Justiça reconstituente”, a qual resulta da tradução literal da expressão inglesa “*restorative justice*”, sendo contudo em França e nos Países francófonos, ultrapassando as divergências denominativas, a tradução do inglês modificada para “*justice restaurative*” e, por vezes utilizadas as denominações de “justice réparatrice” ou “justice restauratrice”; já na Alemanha, esta nova forma de concepção de intervenção penal adoptou a denominação de “*restaurativen rechtsprechungsprogramm*” – cf. RAÚL ESTEVES (2006: 53).



## B

### UM *PLUS* EM RELAÇÃO À PENA PRIVADA DO DIREITO PENAL CLÁSSICO?

A aplicação da pena no período primitivo do Direito Criminal fundamentava-se unicamente na moral, nos costumes, nos hábitos, nas crenças e nos temores do homem, podendo-se dizer que as suas raízes estavam estribadas nos sentimentos de vingança e conservação individual que levavam o homem primitivo a defender-se daqueles que atentassem contra a sua própria segurança, dos seus familiares ou de membros da sua tribo.

Imperava a chamada *vingança de sangue*.

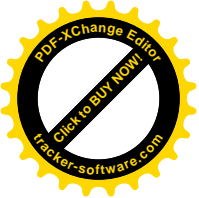
Neste período temporal, a vingança - alicerçada num sentimento de solidariedade e na preservação da espécie – configurava-se como um dever para o indivíduo que se sentiu, de uma forma ou de outra, lesado.

Foi com o advento do Estado e o surgimento das religiões, que as regras do Direito Penal primitivo adquiriram uma conotação de divindade, na medida em que se acreditava que a paz era uma dádiva oferecida pelos deuses e, por isso, o infractor deveria ser punido em nome destes, como uma forma de sacrifício capaz de restaurar a paz violada.

Nessa época, a vingança privada era feita sem qualquer limitação e, quase sempre, com excessos.

---

(66) O desenvolvimento da “justiça restaurativa” tem constituído um dos tópicos predominantes do “Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes”. Assim, em 2005, no 11º Congresso, foi incluída na Declaração de Banguécoque, o seguinte ponto: “32. *En vue de promouvoir les intérêts des victimes et la réinsertion des délinquants, nous reconnaissons qu’il importe de développer davantage des politiques, procédures et programmes de justice réparatrice, prévoyant des mesures de substitution aux poursuites, pour éviter les effets néfastes que peut avoir l’incarcération, réduire le volume de travail des tribunaux pénaux, et encourager le recours aux méthodes de justice réparatrice dans la pratique pénale selon qu’il conviendra*”. Por outro lado, em 2006 foi publicado pela ONU, o “Manual de Programas de Justiça Restaurativa” (Handbook on Restorative Justice Programmes, United Nations, New York, 2006), que oferece uma panorâmica de questões-chave para a implementação de respostas ao fenómeno criminal assentes em abordagens de justiça restaurativa, bem como um leque de medidas e programas inspirados nos valores da justiça restaurativa.



Com isso, a vida de muitos homens era ceifada, o que enfraquecia o grupo, seja pela perda de mão-de-obra, seja pela redução de número de homens aptos à guerra perante um inimigo externo.

Nesse contexto, surgiram as Leis do Talião e o Código de Hamurabi, onde se previa a pena pessoal, proporcional à agressão e previamente fixada.

Ainda assim, a vingança privada perdurou até ser paulatinamente substituída pelas penas públicas.

No período do Direito Romano, os delitos passaram a ser considerados mais um atentado contra a ordem pública do que uma violação ao interesse privado.

É a pena pública que, pese embora impregnada pela vingança, comanda os costumes sociais e procura alcançar a proporcionalidade através das formas do talião e da composição.

Vieram a ser Copérnico, Kepler e Galileu – com as suas novas descobertas sobre o universo e a ciência – que contribuíram sobremaneira para a desmistificação e o enfraquecimento da divinização das penas.

É certo que estas, ainda cruéis, continuavam a ser aplicadas, mas agora com menos entusiasmo, pois que, a partir do século XV, a elaboração de ideias liberais, condicionada pela renovação de conceitos a respeito do mundo e do destino do ser humano, acentua-se, vindo a concretizar-se, a final, no século XVIII, com os postulados da Revolução Francesa.

Com efeito, foram justamente as ideias inovadoras dos “Filósofos da Ilustração” como Rousseau, Montesquieu (e outros grandes filósofos da época) que levaram Cesare Bonessana (conhecido como Marquês de Beccaria), em 1764, a editar o seu famoso livro *“Dos Delitos e Das Penas”* (*“Dei delitti e delle pene”*) (67), onde advertia para a necessidade de uma mudança radical no sistema punitivo, apregoando uma visão mais humanista e utilitarista das penas.

Deste modo, com base nos ensinamentos de Beccaria, combateu-se a repressão penal absolutista com o deflagrar da Revolução Francesa, estabelecendo-se, então, os princípios do moderno direito penal, os quais foram adoptados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Mas será que é curial dizer que a dita “solução reparatória” equivale ou até representa um regresso ao sistema da “pena privada”?

---

(67) Existe uma tradução portuguesa de Faria Costa (1998, com estudos introdutórios do tradutor e de Giorgio Marinucci).



E em qualquer caso, será isso assim tão insustentável face ao actual paradigma (68) da política criminal?

Se com a 1ª questão nos estivermos a reportar a um sistema de resolução dos conflitos jurídico-penais que passa pela intervenção de uma instância que não seja “pública”, isto é, não pertencente às instâncias formais de controlo (“Tribunais”), antes se atribuindo a resolução do conflito penal aos seus intervenientes (vítima e o agente da infracção), em ordem a que estes, directa e activamente entre si, logrem alcançar a solução penal, então a resposta seria afirmativa.

Sem embargo, na medida em que na actualidade nunca se prescinde de uma prévia definição dos pressupostos e requisitos (âmbito legal) em que a solução penal desse diferendo terá lugar por essa via, e bem assim que para além de uma maior ou menor modelação do conteúdo dessa “solução reparatória”, também normalmente uma homologação dessa “solução reparatória” por uma entidade terceira (que até poderá ser o Juiz ou o Ministério Público) e subsequente fiscalização do respectivo cumprimento terão igualmente lugar, cremos que fica evidenciado que não se trata agora de uma privatização do Direito Penal, nem com tal se colocam em risco as fundações do Estado-de-Direito.

Acresce que no contexto de uma “solução reparatória” para um conflito penal, se está perante uma resposta menos formal e não punitiva de responder à criminalidade e aos conflitos, donde ser seguramente uma concretização diversa (senão oposta!) da operada no sistema da “pena privada”.

Na verdade – e com tal já estamos a responder à 2ª questão supra enunciada – o que verdadeiramente nos surge é uma forma de *diversão* (*desjudiciarização*), donde a mesma se constituir, ao invés, como a melhor expressão e exemplo do dito paradigma dominante da política criminal actual.

Estamos então em pleno campo da concretização deste novo ideário, com a incontestável vantagem de a mesma representar uma participação voluntária do infractor, o que só por isso nos permite dizer – como o fez FARIA COSTA (1985: 94) – que estamos perante uma forma de “diversão” em sentido estrito, na medida em que “*para que se*

---

(68) Na feliz síntese de HELENA MONIZ (2003: 562), “*O actual paradigma penal baseia-se num primado da política criminal, tendo o direito penal exclusivamente por função a protecção subsidiária de bens jurídico-penais – «fundamentais à vida comunitária e ao livre desenvolvimento da pessoa» – e tendo exclusivamente finalidades de prevenção geral positiva ou de integração e de prevenção especial positiva ou de socialização*”.



*verifique a diversão em sentido estrito é necessária a participação voluntária do infractor em uma qualquer forma de programa extra-penal”.*

Precisemos melhor em que é que consiste então a dita *diversão* (*desjudiciarização* ou *desjudicialização*).

Como forma de combate à crise da justiça “tradicional” e ao perigo de ruptura dos sistemas judiciais que ocorreu nas últimas décadas do séc. XX, particularmente notória nos países do sul da Europa (Itália, França, Portugal e Espanha), os governos dos respectivos países têm promovido uma série de reformas, como sejam o aumento quantitativo dos recursos (tribunais, juízes, funcionários), uma reforma “tecnocrática e gestionária” (que consiste numa melhor gestão dos recursos), uma aposta na reforma pela “inovação e tecnologia” (na concepção e gestão do sistema judicial) e, como quarta vertente, reformas caracterizadas pela elaboração de “alternativas” ao modelo formal e profissionalizado que tem caracterizado a administração da justiça (sendo que os novos modelos emergentes têm constituído o movimento designado por ADR – *Alternative Dispute Resolution* e mais recentemente *Amicable Dispute Resolution* – consistindo na criação de processos, instâncias e instituições descentralizadas, informais e desprofissionalizadas, que permitem desviar a procura dos tribunais para outras instâncias públicas ou privadas (69).

Ora uma coisa se foi afigurando como certa: a reforma da administração da justiça (em sentido amplo) passaria inevitavelmente pela adopção de um modelo distinto do actual, compreendendo uma articulação entre os vários tipos de reformas propostas e designadamente a *criação* de processos, instâncias e instituições relativamente descentralizadas, informais e desprofissionalizadas, que sejam alternativas, que substituam ou complementem, em áreas determinadas, a administração tradicional da justiça e a tornem, em geral, mais rápida, mais barata e mais acessível (70).

Neste conspecto, ainda se pode falar de dois conceitos de prossecução desse objectivo, a que se ligam as correspondentes realidades, a saber, os conceitos de *informalização* e *desjudicialização* (em sentido amplo).

Concretizando melhor.

O conceito de “justiça alternativa” (ou informal) de resolução de litígios nasceu “fora do direito estadual” e corresponde-lhe um conjunto de práticas e processos, mais ou

---

(69) Uma visão aprofundada desta questão pode encontrar-se em PEDROSO e CRUZ (2000).

(70) também neste sentido PEDROSO (2001).





menos informais de resolução de conflitos, com o recurso, em regra, a uma terceira parte que permite prevenir ou resolver o referido litígio. Donde se poder dizer que este tipo de justiça privilegia formas mais ou menos espontâneas geradas no seio das comunidades, privilegiando os meios de negociação e consenso.

Por seu turno, o conceito de “desjudicialização” é concebido no quadro do direito estadual e do sistema judicial como resposta à incapacidade dos tribunais à procura dos mesmos (aumento de pendências), ao excesso de formalismo, ao custo, à “irrazoável” duração dos processos e ao difícil acesso à justiça. Neste conspecto, os processos de “desjudicialização” têm essencialmente consistido, por um lado, na simplificação processual, e no recurso pelos tribunais dentro do processo judicial a meios informais e a “não-juristas” para a resolução de alguns litígios, sendo que, por outro lado, se desenvolve através da transferência da competência da resolução de um litígio para instâncias não-judiciais ou para o âmbito de acção das “velhas” ou “novas” profissões jurídicas, ou mesmo das novas profissões de gestão e resolução de conflitos.

Assim, na medida em que a “diversão” engloba o conjunto de processos usados pelas instâncias formais e informais de controlo para alcançar uma solução dos conflitos jurídico-formais fora do sistema de aplicação da justiça penal, pode-se dizer que a “diversão” é o correlato adjectivo da descriminalização (71) (ou dito de outra forma, insere-se no movimento da descriminalização), donde a afirmação, de princípio, de que existe, de acordo com FARIA COSTA (1985: 93), uma “*equivalência conceitual entre diversão e desjudiciarização*”.

Sendo certo que a análise das instâncias e processos de resolução de litígios informal e alternativos à justiça deve ter em consideração a sua dimensão institucional, o grau de formalismo e a natureza do processo de decisão, pois que só a combinação destes critérios nos permite encontrar uma gradação destes meios e processos de resolução de litígios: assim, na base da escala teremos a *autoregulação* e a *autocomposição* de litígios, com ou sem recurso a uma terceira parte com o papel de conselheiro ou de informador sobre os direitos da pretensa vítima/lesado; segue-se a conciliação, depois a mediação e,

---

(71) Sem embargo, nas palavras de PINTO (2005: 73), “a diversão em sentido amplo é distinta da descriminalização, uma vez que aquela procura soluções alternativas ao sistema penal, a fim de responder a certas formas de ilícito criminal”, tratando-se, na realidade, de uma alternativa que funciona “em vez de” ou “em conjunto com” a intervenção penal e não já uma solução abolicionista do actual modelo de justiça, na medida em que a infracção existe e continua a ter dignidade penal (não obstante, a solução é conseguida diversamente, divertidamente, isto é, sem judiciarização, ao abrigo dos juízos de consenso e oportunidade, importantes afloramentos presentes no nosso ordenamento jurídico processual penal).





por último, “um conjunto de processos particulares de arbitragem e de formas híbridas que se aproximam dos modos jurisdicionais de resolução de conflitos” (72).

Pois que o processo penal se configura então como o instrumento essencial para o desenvolvimento da *desjudicialização*, nomeadamente através da consagração de mecanismos de *diversão* (a par de corolários dos princípios da oportunidade e do consenso).

Deste modo, a título de exemplo podem-se citar como outras formas de “diversão” a *autocomposição*, a *negociação*, a *conciliação*, a *arbitragem* e a *mediação*.

Ora, entendemos ser de centrar a nossa atenção nesta última – a *mediação* – precisamente pela conexão que julgamos vislumbrar com o que nos vem ocupando, dada a sua utilidade e relevância como objecto de investigação nesse contexto.

Senão vejamos.

Desde logo, porque a *mediação* não diverge, no essencial da *diversão*, sem embargo de “*para que se verifique a diversão em sentido estrito é necessária a participação voluntária do infractor em uma qualquer forma de programa extra-penal*” (73).

É que se a *mediação* é o processo, a *reparação* será o resultado.

Na verdade, após os primeiros impulsos de reintrodução da *mediação* nos anos 60 do séc. XX nos E.U.A. através da introdução do movimento ADR a que já se aludiu supra, veio a ser por via das primeiras incursões no direito penal que nasceu o *Victim Offender Reconciliation Program* (VORP), visando o encontro entre o infractor e a vítima para, em conjunto e com a ajuda de um terceiro, serem determinadas as modalidades de *reparação*.

Ora, tendo-se as vítimas começado a organizar em muitos países sob a forma de associações que garantem assistência jurídica, financeira e psicológica (sendo que algumas começaram com carácter religioso e apoiadas por voluntários), na actualidade a maior parte dessas associações recebe fundos públicos que ajudam a articular as necessidades do movimento, sendo certo que a *mediação* através dos mesmos operada se projecta não para a grande sociedade mas antes e fundamentalmente para os pequenos grupos sociais, tais como os bairros, as empresas, a família.

---

(72) Nesta conceptualização e exposição seguimos de perto o Relatório do Observatório Permanente da Justiça – Centro de Estudos Sociais denominado “Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)”, disponível para consulta em [www.opj.ces.uc.pt](http://www.opj.ces.uc.pt).

(73) Citámos, mais uma vez, FARIA COSTA (1985: 94).



Assim, o movimento de VORP exprime-se de forma teórica pela “justiça restaurativa”, integrando organizações independentes fora do sistema de justiça criminal, mas trabalhando em cooperação com esse sistema: estando previsto um encontro *vis-à-vis* entre vítima e agente da infracção para casos que já entraram no sistema de justiça penal e em que o agente assumiu a sua responsabilidade, no processo de VORP o encontro é facilitado por um mediador treinado (de preferência um voluntário comunitário), que contacta ambas as partes separadamente, de modo a dar-lhes a possibilidade de exprimirem as suas necessidades e a vontade de participarem.

Estas ideias vieram a ser adoptadas nos anos 80 do séc. XX na Europa, surgindo a partir de 1994, um pouco por todos os países da mesma, projectos piloto de resolução de conflitos penais nos quais as partes adversárias estão em presença de um terceiro neutro – o mediador – com o fim de alcançarem um acordo acerca da *reparação* dos danos, donde em certo sentido se poder afirmar que é um instituto de devolução do conflito penal aos particulares.

Na verdade, são objectivos da *mediação* a criação de um controle social baseado mais na restauração do equilíbrio perturbado pelo delito do que na punição do culpado, e, do mesmo passo que se evita o sistema judiciário, procura suprimir-se o efeito de estigmatização do agente da infracção que o processo penal desencadeia.

Mas há outras vantagens na *mediação* e que seguramente a dissociam do sistema da “pena privada”.

Se por um lado a *mediação* no âmbito penal pode ser vista como uma técnica de resolução de conflitos que se pretende construtiva para a vítima e para o agente da infracção, não deixa de revelar, por outro lado, uma nova maneira de pensar a justiça penal: é ela a de que a mediação aspira a ser conciliadora e consensual (ao contrário da justiça repressiva que responde com “violência legal a uma “violência de rua”), inserindo-se numa lógica de justiça não directiva, contribuindo assim para a pacificação de situações conflituosas, ao fazer sair a vítima do anonimato a que esteve votada pelo direito penal, tendo aqui um papel activo na gestão do seu caso, vítima essa que passa a não se sentir ignorada, mas pelo contrário reconhecida.

Por outro lado, o interesse da *mediação* reside também na circunstância de que são tidas em conta as reais possibilidades de reparação pelo agente da infracção, não lhe impondo uma qualquer solução, antes esta é negociada entre aquele e a vítima, pelo que,



através da mediação, o agente da infração que tomou consciência do mal que provocou, vai agora reagir através de uma acção positiva, reparando-o.

O processo de *mediação* assenta numa lógica de “desconstrução-reconstrução”, isto é, implica a passagem de uma fase de “separação” antes da “reconstrução” da relação social: dando a palavra a cada parte, é possível realizar esta fase de separação que permite a cada parte exprimir o seu ponto de vista sobre o conflito, sendo que ao longo da fase de separação, o papel dos mediadores é criar uma distância, abrir espaço para o diálogo, para as trocas de toda a natureza que favorecem a identificação das partes, a análise dos problemas.

Obviamente que se trata para os mediadores de fazer ressaltar tanto os pontos de desacordo como os de acordo, não estando em causa reduzir esse desacordo, antes viver com ele.

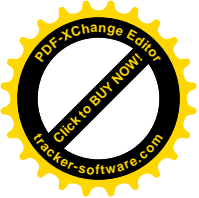
Daí se poder com legitimidade afirmar que “*A mediação penal, reavaliando a questão das vítimas e instaurando uma reacção social mais positiva para com o delinquente, responde a certos reparos dirigidos à justiça penal. Demonstra a aplicação prática de uma nova racionalidade penal, a denominada justiça restaurativa. A mediação não visa apenas resolver um litígio, mas também reconciliar as partes: a racionalidade da interacção, o facto de ser tido em conta o interesse da vítima e a responsabilidade do delinquente, é encarado numa perspectiva de justiça restaurativa, tendo um papel específico de prevenção, a longo prazo, através da reconstituição do tecido social fragilizado*” (74).

## C

### UM *ALIUD* EM RELAÇÃO À INSTITUÍDA MEDIAÇÃO PENAL DE ADULTOS?

---

(74) No sentido citado, o já referido Relatório do Observatório Permanente da Justiça – Centro de Estudos Sociais denominado “Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)” a pags. 154-155.



A “mediação penal” constitui precisamente uma forma de “diversão”, isto é, apresenta-se como uma solução do conflito jurídico-penal fora das instâncias formais de controlo, sendo que a mesma tem a especificidade da intervenção do “mediador” (75).

Ela assume-se como um processo informal, confidencial e flexível, de natureza voluntária e gratuita, que permite ao ofendido e ao arguido, consentindo livre e esclarecidamente, participarem activamente na busca de soluções para as dificuldades resultantes do ilícito, corporizadas, a final, no “acordo”.

Ora, se consabidamente e numa perspectiva etimológica, “divergir” significa optar por vias, formas ou métodos diferentes e alternativos ao que é normal, a saber, a prossecução de uma via desviada ao sistema de justiça oficial (estando em tal abrangido a transferência de competências de resolução de litígios para instâncias não judiciais), no processo denominado de “mediação”, a vítima e o agressor tentam encontrar um “acordo” acerca da reparação dos danos causados pela infracção – seja ela uma reparação intelectual ou material dos danos ocasionados pela infracção – num quadro de responsabilização do infractor pelos prejuízos provocados pelo seu acto.

Sendo certo que é esse dito “acordo” que se constitui precisamente como a matriz distintiva desta forma de “diversão” das demais que se podem divisar com operacionalidade no palco das ditas “novas formas de realização da justiça”.

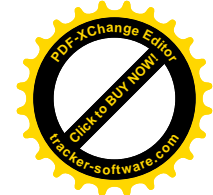
A título de exemplo podem-se citar como outras formas de “diversão” a *autocomposição*, a *conciliação* e a *arbitragem*.

Por *autocomposição* (e *autoregulação*) entende-se aquele processo no qual os litigantes, com ou sem recurso a um terceira parte conselheira ou prestadora de informações jurídicas ou técnicas (sobre os direitos da pretensa vítima ou lesado), conseguem resolver entre si os seus litígios, sendo certo que é quando tem lugar a intervenção desse dito terceiro conselheiro ou informador que se pode falar de autocomposição “assistida” (76).

---

(75) Como sublinhado pelo mesmo FARIA COSTA (1985: 94), destacando que esta personagem é “uma terceira pessoa que entra no conflito, portadora de um outro rosto, desempenhando um novo papel, vem sugerir ou estabelecer novas pontes de comunicação. O mediador quando resolve ou é chamado a entrar na relação locutiva (conflitual) tem a obrigação de desencadear fenómenos que devem ser de aproximação e de reconciliação. É esse o seu papel social.”

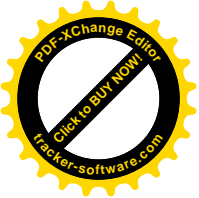
(76) Esta última designação foi a usada no já citado estudo de PEDROSO e CRUZ (2000).



*Conciliação* consiste num processo habitualmente informal, através do qual as partes, com ou sem intervenção de um terceiro, procuram encontrar uma solução para o seu litígio, com a particularidade de neste processo (ao contrário dos outros) não estar necessariamente implicada a intervenção de um terceiro, podendo perfeitamente a conciliação ser levada a cabo pelas próprias partes. Tenha-se presente que quando intervém o terceiro, se o seu papel primacial é o de convidar as partes a discutir o litígio, ultrapassando qualquer eventual falta ou recusa de diálogo, o objectivo central será obviamente o de lograr a obtenção da possível solução, a qual não poderá ser fruto de uma decisão imposta pelo conciliador às partes, nem tão-pouco será papel do mesmo – ao contrário do árbitro – o de resolver o diferendo. Existem as modalidades de conciliação “formal” e “informal”: naquela o processo apresenta certo tipo de formalismo, designadamente quanto à nomeação dos conciliadores, no plano processual e decisório, dando a obtenção do acordo geralmente lugar à elaboração de um documento (paradigmático disto serão as conciliações judiciais); já na conciliação dita “informal”, o formalismo é reduzido ao mínimo, estando englobado neste processo toda e qualquer iniciativa tomada por uma terceira pessoa (carta, telefone ou outra via) com o objectivo de aproximar os pontos de vista das partes quando estas não desejem encontrar-se, revestindo o acordo uma troca de cartas ou uma simples anuência tácita (é o processo habitual utilizado por algumas associações de consumidores).

Quando se referencia a *arbitragem* pretende-se aludir a um processo “formal” através do qual as partes – que para isso se puseram de comum acordo – anuem em submeter o litígio a um terceiro que terá a missão de o resolver (nisso se distinguindo da tarefa do mediador e conciliador), e cuja decisão se impõe vinculativamente às partes. É por esta particular característica que a arbitragem se aproxima dos modos jurisdicionais de regulação de litígios, sendo um processo que acaba por se aproximar bastante de uma “justiça privada” (enquanto permite às partes escolherem por via convencional a missão a atribuir ao árbitro e bem assim escolher o seu “juiz”). Note-se que a constituição do tribunal arbitral pode ser *ad hoc* (para um certo caso concreto) ou integrar um centro de arbitragem (“arbitragem institucionalizada”).

\*

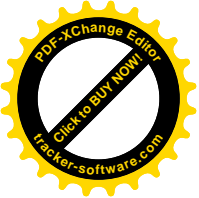


Convém desde já referir que a consagração por via legislativa entre nós da “Mediação Penal” através da Lei nº 21/2007, de 12 de Junho (77), constituiu o acolhimento (porventura “tardio”!) de um largo repositório injuntivo nesse sentido por parte das instâncias comunitárias europeias, mais concretamente do Conselho da Europa, através da Comissão de Ministros dos Estados Membros (nos termos do art. 15º, al.b) do Estatuto do Conselho da Europa), que veio em 1999 recomendar aos Estados-Membros a adopção de medidas encaminhadas a melhorar a posição jurídica da vítima no desenvolvimento da mediação em matéria penal (78).

---

(77) E tendo entrado em funcionamento em 23 de Janeiro de 2008, apenas o foi a título experimental (por um período de 2 anos) nas comarcas de Porto, Aveiro, Oliveira do Bairro e Seixal (Portaria nº 68-C/2008 de 22 de Janeiro). Foi depois alargado a um total de 15 comarcas (funcionando presentemente nas comarcas de Barreiro, Braga, Cascais, Coimbra, Loures, Moita, Montijo, Porto, Santa Maria da Feira, Seixal, Setúbal e Vila Nova de Gaia e ainda nas comarcas-piloto de Alentejo Litoral, Baixo Vouga e Grande Lisboa Noroeste), pela Portaria nº 732/2009 de 8 de Julho.

(78) *Inter alia*, podem citar-se as Recomendações nº R (85) 11 de, de 28 de Junho de 1985 sobre a posição da vítima no quadro do direito penal e processo penal; a nº R (87) 18, relativa à simplificação da justiça penal; a nº R (87) 21, de 17 de Setembro de 1987 sobre a assistência às vítimas e a prevenção da vitimação, culminando na nº R (99), de 15 de Setembro de 1999, em cujo Ponto 1 do respectivo Anexo se sublinhou que o processo de mediação deve permitir “à vítima e ao delinquente participar activamente, desde que em tal consint(am) livremente, na solução das dificuldades resultantes do delito, com a ajuda dum terceiro independente (mediador)” (define-se aí o objecto da mediação penal, os princípios gerais, o fundamento jurídico, a sua relação com o funcionamento da justiça penal e traçam-se directrizes de orientação neste domínio; a nº R(92) 16 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre as regras europeias em matéria de sanções e medidas comunitárias considera que as sanções e medidas cuja execução tem lugar na comunidade constituem vias importantes para combater a criminalidade e evitar os efeitos negativos da prisão; a Declaração das Nações Unidas sobre os princípios básicos da justiça para as vítimas de crime e abuso de poder, de 29 de Novembro de 1985, exorta ao uso, quando adequado, de mecanismos informais para a resolução de conflitos, incluindo a mediação, a arbitragem e a justiça tradicional ou as práticas indígenas, para facilitar a conciliação e a reparação para as vítimas; as Regras Mínimas das Nações Unidas, de 1990, relativas às medidas que não impliquem prisão sublinham a importância de um maior envolvimento da comunidade na gestão da justiça penal e a necessidade de promover entre os infractores um certo sentido da responsabilidade para com as suas vítimas e a sociedade no seu conjunto; o Plano de Acção de Viena, afirma no seu ponto 19, que «Os procedimentos deveriam oferecer praticamente as mesmas garantias, de forma a que os tratamentos não sejam desiguais de uma jurisdição para outra»; a Resolução 1999/26 do Comité Económico e Social das Nações Unidas, de 28 de Julho de 1999, relativa ao desenvolvimento e à execução de medidas de mediação e justiça reparadora no direito penal exorta os Estados, as organizações internacionais e outras entidades a trocar informações e experiências em matéria de mediação e justiça reparadora; a comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social, de 14 de Julho de 1999, sobre «As vítimas da criminalidade na União Europeia — Reflexão sobre as normas e medidas a adoptar », afirma que a mediação vítima-infractor pode constituir uma solução alternativa para processos penais morosos e desencorajadores, no interesse das vítimas, possibilitando a reparação de danos ou a recuperação de bens perdidos fora de uma acção penal normal; também de referir as Conclusões do Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de Outubro de 1999, onde os Estados-Membros da União Europeia se comprometeram a criarem normas mínimas de acesso à justiça, a consagrarem os direitos de indemnização à vítima do crime, a financiarem programas e estruturas públicas e não governamentais de assistência e protecção às vítimas e bem assim a estimularem o recurso a vias extrajudiciais; a Resolução 2000/14 do Conselho Económico e Social das Nações Unidas, de 27 de Julho de 2000, relativa aos princípios básicos para o uso de programas de justiça reparadora em matéria penal, exorta os Estados a prosseguir o intercâmbio de informações e experiências sobre a mediação e a justiça reparadora; a Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de Junho de 2000 sobre a comunicação da Comissão, relativa às



Segundo a própria definição governamental (79), o sistema de mediação penal “É um serviço que permite ao arguido e ao ofendido utilizar a mediação penal para resolver extrajudicialmente o conflito penal, nos termos da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho; É um processo *informal, flexível, e gratuito*, de carácter *voluntário e confidencial*, conduzido por um mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados e a restauração da paz social”.

Neste figurino legal, em qualquer momento “*do inquérito*” o processo pode ser enviado para a mediação, se o Ministério Público tiver recolhido indícios de se ter verificado o crime e de que o arguido foi o seu agente, e se entender que desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se fazem sentir, poderá designar mediador, de acordo com o disposto no art. 3º, nº1, sendo que nos termos do nº2 deste mesmo normativo, ambos da dita Lei nº 21/2007, se a mediação tiver sido requerida pelo ofendido e pelo arguido, nos casos em que é admitida (80), o Ministério Público designará igualmente mediador.

Posteriormente, o arguido e o ofendido são notificados de que o processo foi remetido para mediação, sendo depois contactados pelo mediador com o intuito de obter os seus consentimentos (livres e esclarecidos) quanto à participação na mediação, informando-os aquele dos seus direitos e deveres e da natureza, finalidade e regras aplicáveis ao processo de mediação.

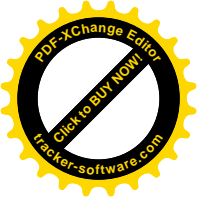
---

vítimas da criminalidade na União Europeia — Reflexão sobre as normas e medidas a adoptar (1), afirma a importância do desenvolvimento dos direitos das vítimas da criminalidade; A iniciativa da República Francesa e do Reino da Suécia de criar uma rede europeia de prevenção da criminalidade, concretizada na Decisão 2001/427/JAI (2), constitui um excelente exemplo do modo como os Estados-Membros podem cooperar numa base estável relativamente a certos temas. A inclusão da mediação para jovens e da mediação social no primeiro programa de trabalho da Rede Europeia de Prevenção da Criminalidade prova o interesse crescente em encontrar meios alternativos de exercício do direito penal; por último, a Decisão-quadro do Conselho da Europa, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal (2001/220/JAI), sendo que por esta, cada Estado-Membro ficou obrigado a promover a mediação “nos processos penais relativos a infracções que considerem adequadas para este tipo de medida” e a assegurar “que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infracção, obtidos através da mediação em processos penais”, devendo dar disso cumprimento o mais tardar, até 22 de Março de 2006.

(79) Constante e acessível através do sítio [www.mj.gov.pt](http://www.mj.gov.pt).

(80) Nos termos do art. 2º da Lei nº 21/2007 em referência, podem ser sujeitos a Mediação Penal os crimes semi-públicos contra as pessoas e contra o património, e os crimes particulares, desde que puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da pena de prisão (por exemplo, difamação, injúria, ofensa à integridade física simples, furto, dano, burla, etc.), ficando ainda expressamente excluídos os crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual; os crimes de peculato, corrupção ou tráfico de influências; quando o ofendido seja menor de 16 anos; quando for aplicável forma de processo sumário e sumaríssimo.





Deste modo, é condição legalmente estabelecida que o ofendido e o arguido aceitem expressamente a mediação, ou seja, que prestem o seu consentimento voluntário para que esta se realize, pois que, caso contrário, a mediação penal não tem lugar e o processo segue a via judicial; caso aceitem, têm início as sessões para obtenção de um acordo.

Relativamente às sessões de mediação, está estipulado que o arguido e o ofendido compareçam aí pessoalmente, sem possibilidade de se fazerem representar, pois à mediação está subjacente uma ideia de participação activa das pessoas e restauração conjunta da paz social.

Se no decurso dessas sessões de mediação for alcançado um acordo, esse acordo é comunicado ao Ministério Público e equivale a uma desistência de queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido. Neste particular, dispõe-se, ainda, no art. 5º, nº4, “in fine” do mesmo diploma que “caso o acordo não seja cumprido no prazo fixado, [pode o ofendido] renovar a queixa no prazo de um mês, sendo reaberto o inquérito” (81).

Na sequência o Ministério Público verifica então se esse acordo respeita o disposto no nº6 do mesmo diploma (82), e, em caso afirmativo, sem prejuízo da prévia sanção dos seus eventuais vícios legais, homologa a desistência de queixa no prazo de 5 dias, devendo a secretaria notificar a homologação ao mediador, ao arguido e ao ofendido.

Se, ao invés, não for alcançado acordo (ou se o processo de mediação não for concluído no prazo de 3 meses, com hipótese de prorrogação por mais 2 meses), o processo segue a via judicial, com o que está criada uma excepção ao disposto no art. 116º, nº2 do C.P.Penal.

---

(81) Estamos assim perante uma “desistência de queixa sob condição suspensiva” do cumprimento do conteúdo do acordo (dado se admitir uma “renovação de queixa” pelo ofendido em caso de inadimplemento das obrigações assumidas pelo arguido, o que terá como consequência a reabertura do inquérito, que seguirá obrigatoriamente a via judicial, sem poder haver nova mediação), mecanismo este - da renovação de queixa – que é de todo em todo estranho ao nosso processo penal (em cujo art. 116º, nº 2 se estipula que a desistência de queixa impede que seja renovada, sendo portanto e em princípio incondicional ou absoluta), como bem alerta LEITE (2006: 97).

(82) Relativamente ao conteúdo do acordo resultante da mediação, nos termos legais é ele livremente fixado pelas partes, não podendo contudo conter sanções privativas da liberdade, deveres que ofendam a dignidade do arguido ou deveres que se prolonguem no tempo por mais de seis meses. Como hipóteses de acordos admissíveis, podem-se referir o pagamento em dinheiro (em que, por exemplo, o arguido se compromete a reconstruir ou a pagar em dinheiro o muro que destruiu), um pedido de desculpas (em que o arguido, por exemplo, pede desculpas por ter ofendido publicamente a vítima), ou a reabilitação do arguido (na situação em que este atropelou a vítima e se responsabiliza a frequentar um curso de condução defensiva).





Aliás, a remessa do processo para *mediação* determina que este ficou “pendente” processualmente como inquérito, resultando determinada a suspensão do prazo previsto no art. 283º, nº1 do mesmo C.P.Penal (acusação pelo Ministério Público) e dos prazos de duração máxima do inquérito previstos no art. 276º do mesmo C.P.Penal.

Acresce que os prazos de prescrição do procedimento criminal se suspendem desde a remessa do processo para *mediação* até à sua devolução pelo mediador ao Ministério Público ou, tendo resultado da mediação acordo, até à data fixada para o seu cumprimento.

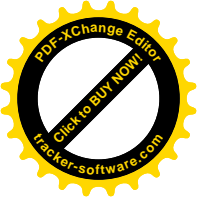
Se este é, em traços breves, o regime legal que se encontra instituído, cumpre agora fazer uma breve síntese dos inconvenientes da mediação em geral, para, num segundo momento aquilatar sobre os limites e constrangimentos do sistema de *mediação penal* “de adultos” instituído pela Lei nº 21/2007 de 12 de Junho, também por reporte à “avaliação do projecto experimental” que já tenha sido efectuada, sendo disso caso.

Pois que importa chegar a uma conclusão final sobre o lugar e papel da “mediação” no contexto da questão que nos ocupa.

Quanto aos ditos inconvenientes, cumpre começar por dizer que se começou por sustentar que a resolução de litígios fora do âmbito das instâncias formais de controlo (formas de diversão) contrariaria todas as garantias e os princípios estruturantes da justiça penal ínsitos na Constituição da República Portuguesa, sendo que nessa linha EDUARDO CORREIA oportunamente opinava no sentido de que *“Como se a toga, a veste da justiça, não fosse afinal, o pressuposto da segurança, da legalidade, do respeito das garantias e direitos fundamentais dos homens. Sem tribunais ou fora deles, a decisão dos conflitos sociais, nomeadamente penais, perde toda a força da soberania que lhe empresta a própria Constituição”*.

E ainda em data mais recente foi sublinhado por GERMANO MARQUES DA SILVA (2005: 98) que a *“superação do conflito pela composição entre o agente e a vítima, sem a reafirmação solene do valor da norma violada, sem a declaração solene de quem procedeu bem e quem procedeu mal e de que quem procede mal deve ser castigado para que não volte a proceder assim e como exemplo para todos os demais que poderiam ser tentados a ter idêntico parecer, pode diminuir o efeito preventivo da justiça penal”*.

Na verdade, a dificuldade de base que levanta a mediação penal é a da sua compatibilização com os princípios consagrados na Constituição da República Portuguesa e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nomeadamente com a legalidade,



presunção de inocência, direito ao defensor, a publicidade do processo, proporcionalidade, adequação, jurisdição e recurso, entre outros (83).

Também é pacificamente aceite que a mediação não tem virtualidades para se aplicar a todo o tipo de crimes e criminosos, sendo até bastante restrito o seu âmbito e objecto, o que desde logo a constitui como um instrumento, por definição, de aplicação um pouco residual.

Ademais, aponta-se-lhe a imprevisibilidade das soluções casuísticas, mas este é um argumento por natureza reversível, pois que tal característica não será mais que o correlato da estrutura flexível e moldável que o caracteriza, e liberdade de modelação do conteúdo do acordo que pode ser alcançado com autonomia pelas partes.

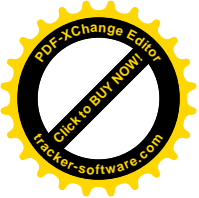
Passando agora a analisar, com brevidade, os limites e constrangimentos do sistema de mediação penal “de adultos” instituído pela Lei nº 21/2007 de 12 de Junho, desde logo ressalta – e sob um ponto de vista temporal – que a mesma foi modelada como um mecanismo enxertado no processo penal (ficando liminarmente afastada a possibilidade de a ele se recorrer antes de se iniciar o processo penal), sendo atribuído ao Ministério Público a faculdade – que numa interpretação lógica e racional de hermenêutica jurídica será um poder-dever – de, na fase do inquérito (“*em qualquer momento deste*”) após uma análise do caso concreto, decidir da oportunidade de remeter o processo para mediação. Ora, esta limitação à fase do inquérito e confinação aí à promoção do Ministério Público constituem seguramente aspectos discutíveis e que expressam uma desconfiança relativamente ao instituto, por um lado, e um obstáculo relativamente a uma intervenção jurisdicional numa fase posterior, por outro, sem que justificação concludente para tal se vislumbre (para além de a mediação ter sido instituída para funcionar a título experimental como já se aludiu supra).

Depois, a opção quanto ao âmbito material – constante do art. 2º do diploma em referência – de total exclusão da sua aplicabilidade quanto aos crimes “públicos” (84), de

---

(83) Neste sentido questionava LUÍS (2005: 55).

(84) Esta concreta opção não deixa de merecer apoio dogmático de alguns autores como PINTO (2006: 80), em atenção a que nos crimes públicos “*está em causa, primordialmente, um interesse público que o Estado pretende acautelar, através do exercício da acção penal, por motivos essencialmente de prevenção geral. Nestes crimes a vontade da vítima é inoperante e irrelevante*”, face ao que se não deve usar a mediação, por neste tipo de crimes o apelo ao consenso e à oportunidade ser menor; contra, SANTOS (2006: 96), se bem que num momento temporal em que só existia ainda o anteprojecto do diploma da mediação penal de adultos e numa apreciação deste, mormente sublinhando que ao ter sido deixada a opção pela possibilidade da mediação para o final do inquérito, isto é, depois de recolhidos os “indícios suficientes”, constituía a garantia de que a mesma fosse encarada pelo Ministério Público como uma alternativa à acusação (não podendo



restrição quanto a crimes “semi-públicos” contra as pessoas e contra o património e quanto aos crimes “particulares” *stricto sensu*, desde que a ambos não seja aplicável uma pena de prisão superior a cinco anos e em que o ofendido não seja menor de dezasseis anos de idade, limitações estas a que acrescem ainda as referentes às dos crimes de natureza sexual (crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual – previstos no Cap. V, Título I, da Parte Especial do C.Penal, mais concretamente nos arts. 163º a 179º do mesmo) e dos crimes a que seja aplicável, por força das disposições processuais penais, os processos sumário e sumaríssimo.

Ora, estas exclusões vindas de referir, para além de contrariarem as orientações da Recomendação nº (99) 19 de 15 de Setembro de 1999 do Conselho da Europa (85), traduzem a opção por uma concepção minimalista da mediação penal de adultos, relativamente ao que subscrevemos grande parte das críticas que já fomos adiantando, sem embargo de nos reservarmos para uma maior explicitação e detalhe quando infra viermos a fazer as nossas propostas nesta matéria.

Também em termos de avaliação do Sistema de Mediação Penal, decorrido que foi o período experimental até Janeiro de 2010, foi-nos dado saber que se cuida da elaboração de um “Relatório de Monitorização Intercalar” (86), o qual a esta data estará já concluído, mas cuja divulgação pública ainda não foi operada pelo Ministério da Justiça.

Ainda assim, de acordo com informação de Sónia Reis, directora adjunta do GRAL (“Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios” do Ministério da Justiça), apenas um em cada quatro processos de mediação penal em Portugal são concluídos com acordo (dos 536 processos do sistema de mediação penal concluídos entre Janeiro de 2008 e Setembro deste ano de 2010, só em 128 foi alcançado um acordo), sendo certo que na maior parte

---

funcionar como alternativa ao arquivamento!), mais aplaudindo a então prevista utilização do mecanismo da suspensão provisória do processo para os crimes públicos.

(85) Designadamente ao impossibilitar *a mediação indirecta ou através de representação ou assistência* quando o ofendido tenha uma idade inferior a dezasseis anos (sem embargo da excepcional admissibilidade da intervenção do queixoso no lugar do ofendido nas particulares situações previstas no nº4 do art. 2º do normativo em referência), opção aquela que não deixa ainda assim de ser considerada como correcta por certos autores como o já citado LEITE (2006: 62-63), na medida em que sempre ocorreria a impossibilidade fáctica de um contacto “cara-a-cara”, dado o funcionamento da representação legal destes incapazes, donde também estar liminarmente postergada nesses casos a virtualidade filosófica inerente à mediação, que é a da participação activa *directa* das pessoas, no sentido da restauração conjunta da paz social.

(86) A cargo de uma equipa da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, liderada pela Prof.<sup>a</sup> Doutora Teresa Beleza, nos termos do Protocolo celebrado entre aquela Faculdade e o GRAL.



dos casos são os intervenientes no processo (arguido e/ou ofendido) que não aceitam sequer entrar na mediação (87).

Aliás, segundo dados estatísticos fornecidos pelo próprio GRAL relativamente ao Sistema de Mediação Penal em 2010, dos 217 pedidos de mediação neste ano, 61 haviam finalizado com acordo, o que corresponde a 26,75% de percentagem de acordos obtidos (88).

Dados estes que não permitindo seguramente tirar uma conclusão final neste particular, não deixam de denotar o actual estado da situação, relativamente ao que seria oportuno fazer uma 1ª avaliação.

O que quanto a nós não pode ser feito senão no contexto de uma sua relativização.

Pois que o que cremos importa *hic et nunc* ser sublinhado é que concebendo-se a mediação como uma ferramenta utilizada para a realização da Justiça – que é a preocupação comum dos responsáveis pela sua aplicação, os quais nessa medida devem colaborar e auxiliar-se mutuamente – não há outra possível via do que a afirmação da interdisciplinaridade entre todos, quando é certo que não deve haver concorrência entre eles, mas sim confluência.

Na verdade, a mediação penal não pode senão ser vista como uma alternativa ou complemento do processo tradicional que, sem excessivos limites, se utiliza na realização da Justiça em sintonia com as jurisdições.

Instrumento cujas virtualidades são inegáveis, mas seguramente perfectível ...

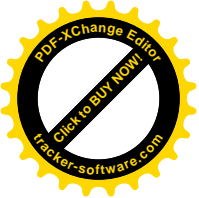
Aliás nesse mesmo sentido aponta a “declaração de intenções” do actual governo que consta do “RELATÓRIO DO ORÇAMENTO DE ESTADO 2011 – Políticas sectoriais para 2011 e Despesa Consolidada” (89), onde no capítulo respeitante ao Ministério da Justiça, a páginas 215, se sublinha que “*De forma a dinamizar a resolução alternativa de litígios, será assegurada a divulgação da mediação e da arbitragem, como meios de resolução de conflitos mais rápidos, baratos e simples, bem como adoptadas medidas que assegurem o êxito do seu alargamento aos conflitos em matéria fiscal e contra-ordenacional*”; e bem assim que “*Reforçar-se-á também o combate à violação dos*

---

(87) Informação veiculada pela agência Lusa em 8 de Outubro de 2010, disponível in <http://www.advocatus.pt/content/view/2839/20>.

(88) disponível em [www.gral.mj.pt](http://www.gral.mj.pt), consultado em 2010.11.10.

(89) acessível para consulta no sítio [static.publico.clx/pt/docs/economia/PropOERel2011](http://static.publico.clx/pt/docs/economia/PropOERel2011).



*direitos das crianças e das vítimas, com a criação de um programa nacional de mediação vítima-infractor, bem como de condições para melhorar a reintegração dos reclusos, apostando na sua qualificação”.*

Ora é por assim ser que concluímos então que se é certo ser a *mediação penal* uma importante manifestação da *justiça restaurativa*, para além de ser ela própria um instrumento não esgotado nesse âmbito, acresce que na medida em que se posiciona a mesma teoreticamente nem sequer como mais um ramo mas mais propriamente como alternativa ao processo penal tradicional – por assente em diferentes agentes (os interlocutores são, aqui, a vítima e o delinquente), donde rejeitar ela a intervenção judicial (90) – obviamente que sempre e apenas ocupa um lugar parcelar no conjunto dos meios de possível realização duma “justiça reparadora”.

Sendo então esta última – a dita “justiça reparadora” – um objectivo mais amplo e abrangente, é então tempo de sobre ela nos debruçarmos com maior profundidade, posicionando-a e definindo a sua operacionalidade prática, sempre tendo em vista a nossa problemática de base: haverá efectiva valia nessa “solução reparatória”?

---

(90) enfatizando esta perspectiva, ALMEIDA (2005: 40-42)



## V

### A PERSISTENTE RELEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO PENAL E PROCESSUAL

#### A

#### CIRCUNSTÂNCIAS DA SUA OCORRÊNCIA

A resposta à questão vinda de colocar não poderá deixar de considerar uma outra vertente da problematização, por mais “perturbadora” que seja.

É que também essencialmente desde os anos 80 do séc. XX, o incontornável e incontrolável aumento da criminalidade e as novas formas que assumiu – basta pensar na expansão do crime organizado e na diversificação das suas áreas de actuação, no terrorismo, na criminalidade patrimonial de massas, etc. – se por um lado se afirmaram como desafios securitários para o Estado de Direito, pelo outro postularam-se como justificação para o endurecimento das sanções, e, em geral, como explicação das políticas do “*law and order*” (91).

---

(91) Com a política criminal tendendo a reduzir-se a uma “política de segurança” e com a segurança a emergir como prioridade da acção pública – veja-se um largo repositório deste “desenvolvimento autoritário da justiça criminal”, sobretudo nos Estados Unidos da América e no Reino Unido, em RODRIGUES (2003: 207-220).



Na verdade, se o paradigma prevalecente no pensamento filosófico ocidental a partir do séc. XVII no que directamente respeita ao âmbito jurídico-penal, tinha as suas raízes no movimento do Iluminismo Penal – o qual se exprimia por excelência no racionalismo cartesiano, na doutrina jurídico-política do individualismo liberal e na mundividência antropocêntrica e humanista que comandou o movimento a favor dos direitos humanos (92) – no essencial transitou ele para a realidade da segunda metade do séc. XX (consubstanciando-se na natureza unicamente preventiva das sanções penais e da função do direito penal de exclusiva tutela subsidiária de bens jurídico-penais), donde a questão que então instantaneamente se colocou foi a de se esse paradigma tinha capacidade para persistir face às exigências dos novos tempos.

É certo que foi com o movimento internacional de reforma penal, a partir do fim da 2ª Grande Guerra Mundial (mais particularmente desde os anos sessenta do séc. XX), que se introduziram muitas ideias novas nesse anterior paradigma – o que também ocorreu em grande medida no direito penal português – passando este movimento a ter como novas matrizes comuns mais significativas a restrição do âmbito e da frequência de aplicação das penas privativas da liberdade, a luta decidida contra as penas de prisão de curta duração (conducente à sua substituição, na quase totalidade dos casos, por penas não detentivas ou não institucionais), enriquecimento da panóplia e aumento sensível do campo e da frequência de aplicação das penas não detentivas (em particular da pena de multa), em atenção ao efeito estigmatizante e criminógeno, em geral, das reacções criminais (93).

E curiosamente quando essa mesma questão se colocou e estava em níveis assustadoramente elevados o cepticismo sobre a eficácia da intervenção jurídico-penal, questionando-se sobremaneira o monopólio de actuação do sistema de administração da justiça penal através de reacções estaduais centralizadas, ante os alarmantes números da criminalidade total conhecida (verificando-se mesmo uma subida sensível da chamada criminalidade violenta (94) e bem assim as quotas da reincidência, contraditoriamente

---

(92) Assim DIAS (2004: 127).

(93) Historiando toda esta evolução, veja-se o mesmo DIAS (1993: 50-51).

(94) Reportando estes aspectos, veja-se o já antes citado COSTA (1985: 104-105), referenciando os “pontos de fractura” do modelo “misto”.



porém, tal não levou à afirmação nem aquisição das teorias – maugrado recorrentes! – do *abolicionismo penal* (95).

É que as necessidades de defesa social – reforçadas face à eclosão de atentados graves de natureza terrorista a partir dos anos 60 do séc. XX, bem como do crescimento indominável da criminalidade relacionada com droga – levaram a política criminal de todos os Estados a não poder negligenciar as exigências de segurança, questionando a abstracção teórica das correntes do pensamento jurídico-penal até então desenvolvidas, em resultado do que em alguns países importantes (e justamente aqueles que mais haviam criticado o modelo neoclássico – os anglo-saxónicos e os nórdicos) a inflectir no sentido de uma forte reobjectivação das sanções criminais, que deveriam limitar-se a “pagar” ou a “compensar” o desvalor/demérito do facto criminoso (doutrina dos *just deserts*, ligada ao chamado *justice model*), surgindo a medida da privação da liberdade, pura e dura, como reacção criminal por excelência.

A consequência de todo este contexto veio a ser a desordem e interpenetração dos modelos da política criminal (96), sobrevivendo aquilo que se passou a designar por crise da política criminal, com a convicção adquirida de que os modelos (ditos “modelo azul”, “modelo vermelho” e modelo da “defesa social nova”) haviam falhado todos enquanto tais, não fazendo sentido a sua subsistência estática, dogmática e unitária, donde muitos dos

---

(95) Que na proposta de HULSMAN se traduziria na abolição total do direito penal e na sua substituição pela “situação-problema”.

(96) Consabidamente pode-se falar dos seguintes mais significativos modelos da política criminal contemporânea: o primeiro corresponde ao modelo da escola clássica e neo-clássica, conhecido por “**modelo azul**” (caracterizado por ser adequado à trilogia que se põe na base do direito substantivo, a saber, *retribuição* e *prevenção geral de intimidação* como fins das penas, *repressão* de todos os crimes e *punição* dos agentes respectivos, competindo ao Estado um papel irrestrito de cumprimento de tais funções, com o correlato adjectivo de judicialização integral de toda a matéria penal, sendo certo que a *tónica* deste modelo residia na *punição*, tendo tido a sua maior implantação entre os países do sul da Europa continental); o segundo consiste no modelo da escola positiva ou moderna, conhecido por “**modelo vermelho**” (modelo típico do Estado Social ou Estado Providência, que se liga a um ideal reabilitativo, caracterizado pelo estabelecimento de um paralelo o mais extenso e apertado entre a política criminal e a medicina, donde a *tónica* deste modelo residir na *terapêutica*, tendo tido a sua maior difusão entre os anglo-saxónicos e os nórdicos); um terceiro é o “**modelo da “defesa social nova”**”, na verdade um modelo “misto”, a que se aludiu supra no texto como tendo tido o seu desenvolvimento no tempo posterior à 2ª Guerra Mundial, mas ganhando um carácter mais moderado e focalizado nas linhas de força que permitiram influenciar decisivamente o movimento internacional de reforma penal (desde que em 1954 por Marc Ancel foi publicada a sua obra “A Defesa Social Nova”), modelo aquele cujas notas passam a ser a *legalidade* e a *humanidade*; um quarto é o “**modelo verde**” de desenvolvimento, assim crismado por J. Galtung (cujos princípios fundamentais, ao lado da ideia base da *não intervenção* – que o Estado e o seu aparelho penal formalizado não devem fazer mais, mas menos – são o da *descentralização* dos subsistemas de controlo e o da *participação* dos membros da comunidade naqueles subsistemas) – descrevendo e discorrendo sobre todos estes modelos, com profundidade, COSTA (1985: 97-109; 150-156).





elementos que os caracterizavam singularmente – e cuja valia persistia – se passaram a combinar entre si e com ideias novas nas realizações político-criminais que a partir de então se afirmaram (97).

É nesta sequência que emergiu então o modelo de política criminal que domina a contemporaneidade – e com o qual o sistema português se encontra em sintonia, sem prejuízo de algumas resistências da *praxis* (98) – que é o designado por modelo “verde” (que já se caracterizou em nota), sendo certo que um dos vectores que caracteriza este modelo é precisamente uma ideia de “não intervenção”, embora justamente definida como não pensada em termos radicais de supressão do sistema formal de controlo, mas da sua limitação o mais extensa possível, legitimando que se fale de uma não intervenção *moderada* ou *judiciosa* (99) (e onde assumem papel essencial os movimentos da descriminalização e da diversão).

Temos presente que por força e decorrência do movimento da descriminalização, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS (1993: 65), “(...) *o direito penal só pode intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem*”, ocorrendo contudo que o objectivo mais significativo do movimento da diversão (ou desjudiciarização) enquanto busca de uma solução para os conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da justiça penal, é o de impedir o efeito estigmatizante individual (que se afirma até ser criminógeno!) da submissão ao sistema formal da justiça penal (em particular da aplicação de sanções criminais).

Acresce que mesmo sob o ponto de vista do princípio vitimológico (100) – por força do qual o discurso penal se passa a estruturar já não exclusiva ou predominantemente na base do diálogo entre o Estado e o delinquente, mas antes numa base triangular, de relações mútuas entre o Estado, o delinquente e a vítima – se divisam tensões contrapostas: por um lado, reclamando o endurecimento da criminalização e da penalização (em nome

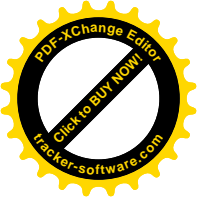
---

(97) Nesta linha e sentido, o anteriormente citado DIAS (1993: 61).

(98) Detalhando todos estes aspectos o mesmo DIAS (1993: 79-86).

(99) A expressão é do citado DIAS (1993: 65)

(100) que é um dos que continua a dominar a actualidade ao nível da política criminal, a partir do momento em que se reconheceu que importava conferir uma mais extensa e aprofundada consideração e investigação do papel, dos interesses e da protecção da vítima no universo penal.



do direito de defesa, de protecção e de compensação das vítimas), e pelo outro, apoiando os já referidos movimentos de diversão, de descentralização e de participação (em nome da prevenção da vitimização potencial e do superior interesse da reparação da vítima).

Ora, como muito bem já foi salientado, à parte a circunstância de o estatuto da vítima ser ele próprio integrado por elementos contraditórios, a crise da política criminal é o resultado da confluência de duas linhas de força, *“de duas correntes – de sentido contrário e portadoras de diferentes fundamentações axiológicas – que disputam o espaço da política criminal tradicional”* (101), a saber, o aparecimento de soluções decorrentes das alternativas não criminais (que vão desde uma completa descriminalização, às mais diversas formas de despenalização e desinstitucionalização), em paralelo com uma retórica de guerra ao crime (consequência do coro dos que clamam por “direito e ordem” e exigem a intensificação da luta contra o crime, acreditando que a eficácia é apenas função do volume das baterias utilizadas) (102).

Neste quadro, se é incontornável estar a vítima eleita como a destinatária directa da política criminal, esta última não pode continuar limitada à ideia de tratamento apenas do delincente, antes se impõe que a mesma providencie para que não ocorra uma “vitimização”, consequente do desencadeamento na vítima de um processo de abandono/isolamento, ressentimento e anomia, donde terem que ser implementadas medidas activas de “desvitimização”, com a vítima a ser convertida em fim autónomo da política criminal, o que tem desde logo a consequência de uma actuação consentânea e concertada ao nível das audiências informais e bem assim das instâncias formais de controlo, tendo sempre presente o seguinte: é o correcto julgamento do delincente que postula uma presença mais decisiva da vítima como “sujeito processual” e requer que seja garantida a esta um efectivo direito de audiência, a qual é *“sobretudo e cumulativamente, reclamada pelo princípio crescentemente aceite de converter o processo em instrumento capaz de assegurar a salvaguarda dos interesses fundamentais da vítima”* (103).

Ora, se parece ser consensual neste plano que a “reforma” do processo não pode deixar de passar pela conversão do mesmo num foro acessível à vítima para apagar os

---

(101) A afirmação é de ANDRADE (1980: 390).

(102) Mais desenvolvidamente sobre tal, ANDRADE (1980: 390-399)

(103) Citámos o já referido ANDRADE (1980: 425).



danos sofridos, do mesmo passo terá que estar acautelada a minimização simultânea dos custos do processo tradicional (tanto os custos materiais, como os custos pessoais).

Que é coisa diferente de uma generalizada intervenção por instâncias informais de controlo (extra-judiciais)!

Já que na perspectiva que cremos estar a resultar evidenciada, são os interesses conjuntos de vítima e delinquente que acabam por justificar e reclamar – paradoxalmente – que a intervenção carecida se processe num quadro garantístico e formalizado (ainda que gerido informalmente).

Senão vejamos.

Se parece hoje indiscutível que a solução passa por uma política criminal pragmática e diferenciada, isto é, que a opção ao nível da acção penal será por um regime processual “diferenciado”, com o sentido de haver soluções “diferenciadas” – sendo céleres e consensuais, para fenómenos de criminalidade de massa, em contraponto com soluções formais e ritualizadas para fenómenos de criminalidade mais grave (designadamente organizada) – já não será seguramente aceitável que tal se faça à custa de uma compressão dos direitos fundamentais da pessoa, mormente do arguido, donde, em atenção a essa preocupação de garantia dos seus direitos no processo, ter que se salvaguardar, em qualquer caso, o “máximo conteúdo possível” dos seus direitos no processo, em equilíbrio com as restantes finalidades processuais (104).

O que terá desde logo o significado de que mecanismos de RAL só devem ter lugar quando fruto de uma vontade livre e esclarecida do delinquente (105).

Mas também do ponto de vista da vítima o processo acaba por ser um reduto incontornável e importante (106): se os interventores do discurso de conciliação não se encontram na mesma posição (social, de riqueza, etc.), o “combate” que estabelecem não só não será leal, como essa desigualdade de base poderá gerar eventuais mecanismos de chantagem.

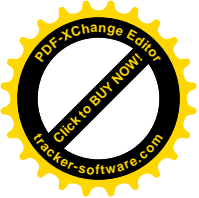
E se igual crítica pode ser apontada na aplicação da justiça “formal”, *“sucede, todavia, que, neste particular, o recurso a um juiz que está acima das partes em conflito, ungido, ainda que formalmente, pela força da imparcialidade que o múnus lhe confere, dá*

---

(104) Acentuando esta vertente da questão de forma alargada, veja-se RODRIGUES (2003: 224-234).

(105) Da necessidade de “assentimento do visado” fala-nos DIAS (1983: 67).

(106) A preocupação em não “diabolizar o ritualismo processual” é vincada por LEITE (2009:110-111)



*à decisão por aquele proferida uma dignidade indesmentível cuja ressonância se reflecte no facto de largos sectores da comunidade a considerarem ainda como a única expressão válida e legítima da aplicação da justiça, mormente quando se trata de problemas criminais” (107).*

Acresce até que a argumentação alcandorada na exorcização do ritualismo processual constitui uma via em si própria de discutível legalidade: é que uma excessiva simplificação processual viola uma das dimensões do princípio da legalidade – “nulla poena sine iudicio” (108).

Isto já para não falar no paradoxo que se constata nos meios de RAL, aos quais é imanente uma “dimensão cerimonial” sem a qual não se almeja a aproximação antropológica entre os contendores!

Nesta ponderação é que justamente já foi questionado se o argumentário fundacional dos meios de RAL não representará afinal o verdadeiro desiderato de substituir um ritual pelo outro (109).

O que constitui efectivamente uma poderosa crítica, na medida em que não se pode deixar de ter presente que o ritualismo do processo “tradicional” acaba por estar ele próprio umbilicalmente ligado à protecção dos direitos fundamentais e ao irredutível princípio da dignidade da pessoa humana.

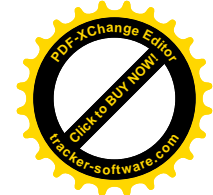
Sendo então nesta linha que ANDRÉ LAMAS LEITE (2009: 110) argutamente aduzia o seguinte: *“Tal «complexidade útil», apelidemo-la assim, não opera à margem do sistema estatal de justiça, dado somente ele estar dotado dos instrumentos adequados, o que não significa que propendamos para que o Estado não possa, em janelas de oportunidade ponderadas e regulamentadas, chamar outras instâncias de controlo (mesmo informal) a auxiliar na resolução dos conflitos, ponto é que a coluna vertebral do sistema se não desbarate.”*

---

(107) Assim, COSTA (1985: 155-156).

(108) De referir neste particular a seguinte visão crítica e caricatural sobre os excessos a que se chegou no domínio da justiça restaurativa: *“Idênticas reticências têm sido levantadas no Brasil, onde a «transacção penal» tem conduzido a tristes espectáculos em que se reúnem em tribunal centenas de «autores de factos». O termo de aceitação da transacção penal já está lavrado. Propõe-se, então, à massa de «autores de factos», como dádiva, por via da qual se livra a pessoa de um processo criminal, que cada qual dê latas de leite para entidades assistenciais como forma de pôr um fim ao processo, de modo indolor”* – citação de LEITE (2009: 118, nota (86)).

(109) Assim LEITE (2009: 109)



E mais concretamente sobre a necessidade que a nosso ver permanece irrefutável do Estado afirmar o *ius puniendi*, se ela é uma decorrência do exercício da soberania do Estado, daí não resulta que seja tolerável qualquer instrumentalização da pessoa humana postulada por uma repartição racional de recursos, ou que ocorra uma “absolutização” ou “expansão” do valor da segurança, pois que esta é “*a segurança da protecção de todos os direitos de todas as pessoas*” (110).

Aliás, discorrendo sobre as ambiguidades da mediação penal, nomeadamente que ao ser superado o conflito pela composição entre o agente e a vítima, sem a reafirmação solene do valor da norma violada, sem a declaração solene de quem procedeu bem e de que quem procedeu mal deve ser castigado para que não volte a proceder assim (e como exemplo para todos os demais que poderiam ser tentados a ter idêntico proceder!), pode diminuir o efeito preventivo da justiça penal, GERMANO MARQUES DA SILVA (2006: 104-105) concluía da seguinte forma: “*É legítimo perguntar e a resposta constitui o cerne da problemática: o que se espera afinal do direito penal? Mera superação dos conflitos individuais ou uma intervenção punitiva por parte da autoridade pública que reconhecendo a injustiça do acto pune o agente ainda que na mira de prevenir futuros crimes, quer pela via da prevenção geral, quer especial.*”

Face ao que cremos na actualidade já ninguém advogar afoitamente o abandono do sistema penal...

O que tudo também permite concluir que o que está em causa não é uma regressão da intervenção penal: estando na actualidade dominantemente fora de discussão o abolicionismo penal, o que importa considerar – por ter virtualidades – e trilhar, é a *potenciação* (111) do antes referido modelo “verde”, o que a nosso ver se traduzirá por uma intervenção dos meios alternativos/práticas *restaurativas*, enquadradas pelo processo penal e nele sob coordenação das instituições jurídicas e judiciárias, sem prejuízo de um cuidado mais atento para que o ritualismo processual existente não se constitua como um estorvo ou propositado embaraço à concretização do programa político-criminal que, à luz das considerações que vimos tecendo, urge consolidar na actualidade.

---

(110) Neste ponto citámos a feliz expressão de RODRIGUES (2003: 233).

(111) solução para que já oportunamente apontava COSTA (1985: 152).



## B

### POSTULADOS DA ADEQUAÇÃO DO DIREITO PENAL À “SOCIEDADE DO RISCO”

Adquirida que está a subsistência do direito penal e imprescindibilidade da sua actuação, a questão actual na nossa contemporaneidade é então e sempre a de descortinar a função do direito penal no sistema social.

Designadamente face aos desafios da pós-modernidade colocados pela “sociedade do risco”, dos novos e grandes riscos (“riscos globais”) que pesam sobre a humanidade: o risco atómico, a diminuição da camada de ozono e o aquecimento global, a destruição dos ecossistemas, a engenharia e a manipulação genéticas, a produção maciça de produtos perigosos ou defeituosos, a criminalidade organizada dos “senhores do crime”, individuais e colectivos (que dominam à escala planetária o tráfico de armas, de droga, de órgãos e dos próprios seres humanos), o terrorismo nacional, regional e internacional, o genocídio, os crimes contra a paz e a humanidade.

E se é incontroverso que para tal é carecida uma nova ética, uma nova racionalidade e mesmo uma nova política para salvaguarda da sociedade do futuro (112), sucede que uma prospecção atenta sobre a possibilidade de tal ser atingido por uma auto-regulação (conduzindo desse modo à prescindibilidade já não apenas do direito penal mas de todo o Direito) se revela mais que uma utopia, um equívoco, qual seja, o de que milhões de pessoas renunciariam de *motu proprio* a todo um modelo consumista de vida e a um adquirido estágio de pleno desenvolvimento...

De igual modo, se afigura por demais inviável tal ser alcançado por outros ramos de direito – civil, administrativo – pois malgrado as virtualidades residuais destes, no que ao imprescindível sancionamento propriamente dito concerne, só uma intervenção

---

(112) “Futuro” que na perspectiva de FERNANDES (2001), passará sempre pelo “direito penal” (mais particularmente na obra citada de fls. 99-114).



*diferenciada* – como intervenção de *ultima ratio* – permitida pela intervenção jurídico-penal será expectavelmente bem sucedida.

Mas em que é que se traduzirá essa intervenção *diferenciada*?

Se o objectivo em vista pela intervenção penal é efectivamente a ordenação e defesa social, aquilo a que já se chamou de “*tutela fragmentária de bens colectivos*” como tais (113) (no pressuposto, dado como adquirido, de que existem autênticos bens jurídicos sociais, universais, trans-pessoais ou supra-individuais), a verdadeira característica que para este efeito importa ter em consideração do bem jurídico colectivo ou universal, é a de que ele deve poder ser gozado por todos e por cada um, sendo precisamente nessa possibilidade de gozo que reside o interesse individual legítimo na integridade do bem jurídico colectivo (114).

Nesta linha, e perscrutando agora a estrutura típica dos crimes contra bens jurídicos colectivos, o que se constata é que ao nível da construção típica dos delitos colectivos – por cuja violação pode e deve ocorrer a responsabilização penal dos entes colectivos enquanto tais, sendo disso caso – encontra-se, por um lado, como referência uma multiplicidade de condutas criminosas, vazadas frequentemente em normas extra-penais (“cláusula de acessoriedade administrativa” (115)), e, pelo outro, que quanto aos comportamentos susceptíveis de integrarem o fim de protecção da norma penal, muitas das ofensas serão consideradas relevantes dentro do quadro dos tipos chamados *aditivos* ou *acumulativos*, com o sentido de que “*a sua punição só se revelará legítima se as condutas que venham somar-se às do agente e contribuem assim para a lesão forem, mais que possíveis, indubitavelmente previsíveis e muito prováveis, para não dizer certas*” (116).

---

(113) A designação é de DIAS (2002: 6), em estudo que, aliás, seguimos de perto nas considerações contidas neste item.

(114) A este mesmo respeito, HELENA MONIZ (2003: 564) sustenta que “(...) *perante as exigências actuais podemos dizer que tipificação dos comportamentos criminais passará a basear-se não numa simples ideia de danosidade social, não já em função de um resultado (danoso), mas em função de um critério de risco não permitido.*”

(115) Sem embargo de se dever fazer a “*construção do delito colectivo como delito de desobediência a prescrições ou limitações impostas, de acordo com a lei, pelas autoridades administrativas competentes; com a precisão (essencial e imprescindível) de que tais prescrições ou limitações são editadas em nome de uma tutela de bens jurídicos com suficiente relevância para se arvorarem em bens colectivos juridico-penais*”: afirmação do já citado DIAS (2002: 14-15).

(116) Assim o mesmo citado DIAS (2004: 141).





Deste modo, permitimo-nos nesta parte concluir com a seguinte citação de FIGUEIREDO DIAS (2004: 142-143): *“(...) a tutela dos grandes riscos e das gerações futuras passa pela assunção de um direito penal do comportamento em que são penalizadas e punidas puras relações da vida como tais. Não se trata com isto, porém, de uma alternativa ao direito penal do bem jurídico: ainda aqui a punição imediata de certas espécies de comportamentos é feita em nome da tutela de bens jurídicos colectivos e só nesta medida se encontra legitimada. Desta maneira se mantendo a fidelidade hoje possível ao paradigma jurídico-penal iluminista que nos acompanha e se espera possa continuar a ser fonte de desenvolvimentos e de progresso; e possa continuar assim a assumir o seu papel insubstituível na função tutelar dos interesses também das gerações futuras”*.

Ora, em que é que estas lucubrações sobre a natureza e características do bem jurídico nestes domínios relevam para o objecto do nosso estudo?

Precisamente na medida em que se constata que o direito penal económico permitiu colocar em evidência estes bens jurídicos supra-individuais, sociais ou colectivos: o ambiente, o sistema económico, o sistema de crédito, o mercado de capitais ou a fazenda pública são “novos” bens jurídicos aos quais todos na actualidade reconhecem o merecimento de protecção.

Mas uma protecção “diversificada”.

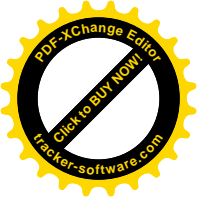
Com efeito, o vindo de expor para nós terá o paradigmático significado de que nos domínios de criminalidade organizada em que estão em causa crimes tributários como aqueles sobre os quais incidiu o nosso estudo – cujo bem jurídico protegido vimos ser (117) o “património financeiro do Estado” (a “receita tributária”) – sucede que até certa altura as sanções penais eram inexistentes, e que apenas o citado R.G.I.T. (em 2001), trouxe alguma estruturação à punição das infracções tributárias (sem embargo do nº2 do art. 2º deste diploma logo esclarecer que as infracções tributárias se dividem em crimes e contra-ordenações) (118).

---

(117) cf. *supra* Cap. II, item C.

(118) O R.G.I.T. reuniu, num único diploma, a maior parte das normas de carácter especial relativas à globalidade das infracções tributárias, abrangendo quer as aduaneiras, quer as não aduaneiras, bem como os crimes contra a Segurança Social; As infracções contra a Segurança Social consideradas como ilícitos de mera ordenação social (contra-ordenações), mantiveram-se fora da alçada deste diploma legal; Após o 25 de Abril de 1974, as infracções fiscais começaram a ser punidas pelo DL nº619/76, de 27 de Julho; O DL nº 20-A/90, de 15 de Janeiro, instituiu o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA) que sistematicamente procurou regular os ilícitos penais não aduaneiros, tipificando, no art. 23º, o crime de





Acresce a esta “criminalização” tardia, detectar-se alguma “artificialidade” dos bens jurídicos em presença (119) e uma função em grande medida “simbólica” das correspondentes normas punitivas (120), tudo razões que, a nosso ver, apontam no sentido de que este é efectivamente um campo onde mais justificadamente pode ser intensificada uma “solução reparatória”, sempre sem prejuízo da sua diversidade, em função e correspondência com a concreta gravidade objectiva e subjectiva do ilícito em presença.

Em todo o caso e como limite, importa ter presente que se sobrepõe a defesa do ordenamento jurídico, salvaguardando-o de “*cotas tão baixas que transformem a norma penal em simples tinta impressa em papel*” (121).

Dito de outro modo: sem advogar propriamente uma proposta *dual* (122), mas em contraste com o movimento de hipercriminalização que se registou em décadas anteriores, parece-nos que, relativamente a alguma criminalidade, é agora o tempo de o direito penal

---

fraude fiscal; Inicialmente, só estavam previstas penas de multa, sendo alternativamente aplicadas penas privativas de liberdade, em caso de não pagamento da multa; Esta situação viria a ser “corrigida” pelo DL n.º 394/93, de 24 de Novembro, ao prever pena de prisão a título principal até 5 anos; Em todo o caso, o juiz podia, em regra, aplicar a multa desde que ela se mostrasse “*suficiente para satisfação do interesse de recuperação do delinquent e das exigências de prevenção e repressão do crime*”.

(119) No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2010, DR, n.º 186, série I, de 2010.09.23 relativo ao “Crime de abuso de confiança fiscal e Crime de abuso de confiança contra a segurança social” considerou-se que o art. 107.º do R.G.I.T. configura um crime “artificial”, e em que a delimitação do bem jurídico protegido se não mostra funcionalmente muito rica, invocando-se em abono de tal entendimento ser transponível para os crimes contra a segurança social a passagem que se segue de A. LOPES DIAS: “*A respeito do fundamento concreto da intervenção penal no âmbito do ilícito fiscal e diferentemente do que sucede nos chamados «crimes clássicos», não se apresenta à partida um (ou vários) bens jurídico de contornos definidos, concretamente apreensível, que funcione como «constituens» da estrutura do ilícito e vincule a uma certa direcção de tutela. Ao invés, o objecto da protecção penal é um «constituto», uma resultante de objectivos e estratégias de política criminal previamente traçados. O legislador não parte aqui das representações de valor pré-existentes na consciência jurídica da comunidade, mas intervém modeladoramente no sentido de uma ordenação da convivência. Por outras palavras, o interesse protegido pelas normas penais fiscais não é um «prius», que sirva ao legislador de instrumento crítico da matéria a regular e do modo de regulação, mas um «posterius», com uma função meramente interpretativa e classificatória dos tipos, construído a partir da opção por um dos vários figurinos dogmáticos e político-criminais que o legislador tem à sua disposição. Com este sentido pode dizer-se que os crimes tributários têm natureza «artificial». Três grandes alternativas se perfilavam ao legislador neste plano: proteger a pretensão do fisco à obtenção integral das receitas tributárias, centrando a ilicitude no dano causado ao erário público e, portanto, primacialmente no desvalor do resultado; acolher a pretensão do Estado à revelação dos factos fiscalmente relevantes, construindo a ilicitude na base da violação de deveres de colaboração com a administração financeira e, portanto, do desvalor da acção; finalmente, adoptar um modelo resultante da combinação dos pontos de vista anteriores*” – consultável in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

(120) Referenciando estes concretos aspectos, veja-se MONTE (2003: 151).

(121) Assim, quanto à necessidade de limitar a mediação, LEITE (2009: 116).

(122) Criticamente sobre tal, veja-se DIAS (2004: 133-134).



(e a sua panóplia de penas) recuar – e aceitando e sabendo recuar – sem constrangimentos, perante as exigências dos novos tempos, quando disso for caso...

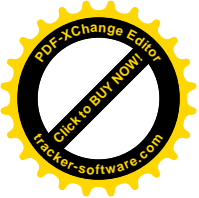
## VI

### A JUSTIÇA REPARADORA NA ACTUALIDADE

A adopção por nós feita do termo “justiça reparadora” não foi arbitrária, nem inocente.

Na verdade, desde logo tivemos por referente o constante do art. 2º da decisão do Conselho da União Europeia que previa a criação de uma rede europeia de pontos de contacto nacionais para a justiça reparadora (2002/C 242/09), publicado no JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS [PT] de 8.10.2002, paginas C 242/20 a C 242/23, a saber, que “*o termo «justiça reparadora» refere-se a uma visão global do processo de justiça penal em que as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infractor é realçada de uma maneira positiva. O conceito de «justiça reparadora» abrange um conjunto de ideias relevante para diversas formas de sanção e de tratamento de conflitos nas várias fases do processo penal ou com ele relacionados*”.

Acontece que, embora em 2002 o Parlamento Europeu tenha adoptado a Decisão, posteriormente não foi ela discutida no Conselho e, consequentemente, não foi formalmente aprovada, pelo que a dita Rede não tem existência.



Em todo o caso, para nós o conceito de “justiça reparadora” traduz o objectivo mais lato prosseguido por todas as instâncias que tenham intervenção ao nível da resolução do conflitos de cariz penal, e resposta que por todos e por cada um deles pode ser dada, não sufragando uma atribuição exclusiva do correspondente papel à Igreja, Estado e Comunidade, antes confiando e intentando perscrutar a resposta que pode continuar a ser dada pelas “instituições jurídicas e judiciárias”.

Na verdade, ao nível do Conselho da Europa, da “justiça reparadora” tinha-se uma visão não somente enquistada a uma perspectiva doutrinária e filosófica de promoção exclusiva e excludente da “justiça restaurativa” como alternativa ao sistema penal, antes uma atenção mais realista e abrangente pelo sistema criminal no seu todo, a nosso ver procurando potenciar de igual modo a panóplia de soluções que a intervenção penal ainda pode dar – e que mesmo só ela pode dar! – nessa legítima busca da reparação da vítima do crime.

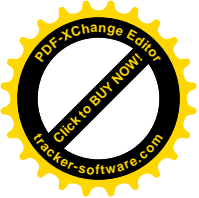
No fundo é em busca duma concepção dualista, em que práticas restaurativas e sistema penal são ambos sistemas necessários e com finalidades últimas não coincidentes, donde a intervenção daquelas mais do que em alternativa, cumulativamente com este, sendo afinal aquelas complementares da intervenção penal (ainda que casuisticamente possam tornar esta última desnecessária, ou melhor, pelo menos relativamente a alguma criminalidade a intervenção penal passará a ser subsidiária) (123).

A

## PRINCIPAIS TIPOS DE PROCEDIMENTOS E INSTRUMENTOS DE PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

---

(123) Neste sentido, SANTOS (2006: 90-91).



O objectivo de implementar a “justiça restaurativa” requer procedimentos diversos dos utilizados na justiça criminal tradicional, os quais se configurem como aptos a possibilitar a concretização dos seus princípios.

Vários são os procedimentos capazes de implementar os valores da justiça restaurativa: *conferências de grupos de famílias* (124), *círculos de assistência* ou *grupos de decisão* (125), *programas de assistência à vítima* (126), *programas de assistência ao ex-agressor* (127), *programas de serviços comunitários* (128), *programas de restituição* (129) e *mediação vítima ↔ agressor* (130).

As *conferências de grupos de famílias* caracterizam-se por envolver um espectro de pessoas mais alargado (envolvem vítima, agressor, familiares, grupos comunitários de apoio, elementos policiais e promotores). O agressor faz-se acompanhar de elementos da sua família e de pessoas que se preocupam com ele e a vítima também se faz acompanhar de elementos da sua família e outros “apoiantes”, tendo entre todos lugar uma conversa sobre o crime e suas consequências. O objectivo principal desta prática restaurativa, ao reunir essa diversidade de indivíduos, é demonstrar ao agressor a quantidade de indivíduos preocupados com ele, além de insuflar no agressor o sentimento de responsabilidade perante seus familiares, grupo comunitário e sociedade. Este tipo de prática tem sido útil em programas com jovens criminosos, em que estudos qualitativos têm sugerido o desenvolvimento do sentimento de empatia do agressor pela vítima, a mudança positiva do comportamento do agressor e o aperfeiçoamento das relações do agressor com seus familiares e com os elementos policiais.

Nos *círculos de assistência* (ou *grupos de decisão*) (131) tem-se a participação da vítima, do agressor, dos familiares de ambos e da comunidade no processo de restauração.

---

(124) em inglês “conferencing”.

(125) em inglês “circles”.

(126) em inglês “victim assistance”.

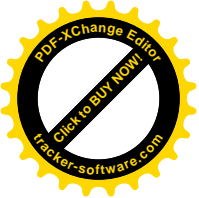
(127) em inglês “ex-offender assistance”.

(128) em inglês “community service”.

(129) em inglês “restitution”.

(130) em inglês “victim-offender mediation”.

(131) Esta concreta designação é proposta por DUARTE (2006: 47).



A todos é dada a oportunidade de expressão, na medida em que todas as pessoas da comunidade que se mostrem interessadas participam numa discussão sobre o que aconteceu, como aconteceu e sobre o que pode ser feito para reparar o sucedido e prevenir novos incidentes. O objectivo principal dessa prática é ajudar na restauração da vítima e do agressor, traduzindo o comprometimento da comunidade – através do seu envolvimento na decisão do que deve ser feito em relação a um caso específico e na questão dos problemas subjacentes que possam ter levado o indivíduo ao cometimento do crime – em responsabilizar-se pelo crime e em fazer algo para o reparar.

Os *programas de assistência à vítima* oferecem às vítimas de crimes serviços como representação legal, para que não haja revitimização devido à negligência do sistema actual em relação à vítima, serviços psicológicos, de reparação material e de reintegração da vítima na sociedade como indivíduo restaurado.

Já os *programas de assistência ao ex-agressor* visam o desenvolvimento de capacidades ou habilidades em indivíduos que já foram agressores (já cumpriram a pena estipulada pelo Estado), permitindo ao ex-agressor uma reintegração harmoniosa na comunidade, sem estigmas ou falta de capacidade social. Os serviços de assistência ao ex-agressor variam conforme as necessidades de cada agressor.

Outros dois importantes procedimentos típicos da “justiça restaurativa” são os *programas de serviço comunitário e de restituição*, em que o agressor deve reparar o dano causado à vítima. No *serviço comunitário*, a vítima é a comunidade; no programa de *restituição*, a vítima é o indivíduo. Essa diferença é importante porque evita a aplicação do serviço comunitário de forma punitiva, dado que, muitas vezes o serviço comunitário é simplesmente adicionado à sentença do agressor, sendo usado como meio de punição ao agressor e não de reparação do dano causado à vítima comunidade.

Uma primeira conclusão que se pode tirar é que todos esses procedimentos são importantes, cada qual com suas peculiaridades de aplicação, e tornam possível a concretização dos princípios da justiça restaurativa.

Contudo, o procedimento que se tem mostrado mais completo no sentido de concretizar os valores da justiça restaurativa no âmbito criminal é a *mediação vítima ↔ agressor*.

Esta última é efectivamente a forma mais corrente, pela menos na Europa continental, de efectuar a “justiça restaurativa”, seguramente muito por culpa e



consequência da já anteriormente citada recomendação R(99)19 do Conselho da Europa de 15 de Setembro de 1999 sobre a mediação em matéria penal (132).

A *mediação* é um processo autocompositivo indirecto (ou triangular) caracterizado pela presença de um terceiro catalisador da comunicação entre as partes, que busca identificar questões, interesses e sentimentos, pela flexibilidade procedimental e pela ausência de decisão vinculante de terceiro (133).

Nesse processo, o mediador, em reuniões conjuntas e individuais, estimula as partes a manifestarem seus interesses, sentimentos e questões que acharem pertinentes para a resolução do conflito. O mediador, imparcial e objectivamente, mas sempre através de interacção entre as partes em presença, contextualiza os factos para as partes, enfatizando os aspectos positivos de cada uma delas e estimulando-as à cooperação no intuito de chegarem à melhor solução possível para ambas.

Tem-se um processo cooperativo (ganhos mútuos), prospectivo (voltado para o futuro), amplo (investiga questões, interesses e sentimentos das partes) e com uma visão positiva do conflito.

Dentre as modalidades de *mediação*, temos a *mediação penal* ou *mediação vítima*  $\leftrightarrow$  *agressor*, que já supra se explicitou com maior profundidade.

Nessa medida, vamos *hic et nunc* apenas sublinhar que a diferença desta modalidade em relação às outras (v.g. mediação comercial, comunitária, familiar, etc.) está em que na mediação vítima  $\leftrightarrow$  agressor não se discute se o agressor é ou não o responsável pelo dano causado à vítima e nem a vítima recebe menos do que necessita para a sua recuperação. Enquanto nas demais mediações as partes são estimuladas a reconhecerem responsabilidades mútuas, os seus erros e a negociarem a melhor solução para ambas, na mediação penal não se discute a culpabilidade do agressor e o acordo é secundário, sendo o

---

(132) E sobretudo porque a partir de 2001 existiu a Lei Quadro de 15 de Março de 2001 do Conselho da União Europeia que, entre outras medidas com vista à protecção das vítimas no processo criminal, impôs a introdução da mediação penal em todos os estados membros até 22 de Março de 2006.

(133) Acrescendo que em tal se “rejeita a intervenção judicial”, característica esta que lhe permite constituir-se como uma verdadeira alternativa ao processo penal tradicional, como bem sustenta ALMEIDA (2006: 42), mais referindo que a mediação é diferente de todas as outras formas de diversão ou de afloramento do princípio da oportunidade (vg. arts. 280º e 281º do C.P.Penal) e mesmo do processo sumaríssimo (que apela já ao consenso), também porque assenta em diferentes interlocutores (os interlocutores são nela a vítima e o delinquente).



objectivo principal dessa mediação o diálogo directo entre as partes e a reparação do dano causado (134).

Na *mediação penal*, o agressor é estimulado a reconhecer a sua responsabilidade e a reparar a vítima no que for preciso e da melhor forma possível. Outra diferença está na inexistência, em regra, de relação prévia entre as partes e na neutralidade do mediador na *mediação penal*. O mediador deve ser imparcial em relação aos indivíduos como seres humanos, tratando-os com igual respeito, mas não deverá ser imparcial em relação à infracção cometida.

Por outro lado, na *mediação vítima↔agressor*, vítimas e agressores têm a oportunidade de se encontrarem e, na presença de um mediador, comunicarem directamente: a vítima tem a oportunidade de contar ao agressor as consequências do crime na sua vida, tirar eventuais dúvidas sobre questões importantes que tenha (relacionadas com o ilícito) e estar directamente envolvida no processo de restauração; já o agressor terá a oportunidade de entender melhor as consequências do seu acto, reflectir, desenvolver o sentimento de empatia, responsabilizar-se directamente pelos danos causados e desenvolver um plano de *reparação*.

Outro aspecto importante sobre a *mediação vítima↔agressor* é que, apesar da informalidade e da flexibilidade serem características da mediação, não se deve confundir essas características com ausência de procedimentos. A mediação penal – assim como todo e qualquer processo – possui fases, actos coordenados lógica e cronologicamente que devem ser seguidos para a obtenção de uma melhor comunicação entre as partes.

Daí que sendo a *mediação* apresentada como um processo informal de regulação de conflitos, tal não impede que se assemelhe a um verdadeiro ritual, respeitando certo número de regras como a neutralidade, a confidencialidade, certo formalismo na organização dos encontros que marcam as diferentes fases na procura de uma solução (135).

Assim, especificamente no caso da *mediação vítima↔agressor*, é habitual estabelecer a divisão das fases em quatro grandes momentos: selecção; preparação; mediação e conclusão.

---

(134) Sem embargo, só será possível a mediação penal se ambas as partes estiverem de acordo em submeter-se à mesma: destacando este concreto aspecto, DUARTE (2006: 51).

(135) Neste sentido, o já anteriormente citado Relatório do Observatório Permanente da Justiça – Centro de Estudos Sociais denominado “Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)”, a pags. 182, disponível para consulta em [www.opj.ces.uc.pt](http://www.opj.ces.uc.pt).



Atente-se que, por consistir a mediação num processo com estrutura procedimental flexível, o seu desenvolvimento deverá adaptar-se ao contexto específico de cada disputa.

Dito isto sob o ponto de vista dos procedimentos de práticas de “justiça restaurativa”, vejamos agora o aspecto dos *instrumentos*.

A “justiça restaurativa” pretende suscitar um consenso sobre a melhor forma de resolver um conflito, pelo que apela à participação activa das vítimas, dos delinquentes e das comunidades na procura de soluções: nesta medida, todos os auxiliares de justiça penal podem participar no processo, sejam os advogados, os juízes ou os elementos policiais.

A *mediação*, a *negociação*, a *regulação amigável*, a *indemnização* e a *reparação* são os conceitos-chave.

Procuram-se soluções susceptíveis de responder às necessidades das vítimas, de favorecer a reinserção dos delinquentes na comunidade, de reflectir sobre as exigências da comunidade quanto à justiça.

A *indemnização* e as outras medidas de *restituição* podem ser importantes para as vítimas e os delinquentes, mas não constituem a *reparação* propriamente dita, dado que a *reparação* não consiste tão-somente em colocar a vítima e o delinquente no estado em que se encontravam antes do conflito, pois, por vezes, a relação entre estes anteriormente era disfuncional.

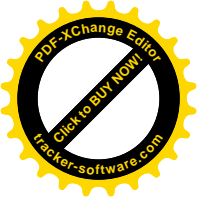
Deste modo, a *reparação* pressupõe que os interessados possam reencontrar uma forma de reconduzir a sua vida e de restabelecer relações fundadas no respeito e na igualdade, sendo que o restabelecimento da confiança constitui, assim, um importante elemento da reparação.

Ademais, a “justiça reparativa” assemelha-se a uma terapia, tanto para a vítima como para o delinquente: nesta perspectiva, considera-se que a justiça depende da realização de um sentimento de bem-estar psicológico e emocional.

E enquanto intervenção terapêutica, a terapia *restaurativa* pode ser invocada em qualquer etapa do processo penal – na actualidade, os programas de “justiça restaurativa” entram em cena antes da declaração de culpabilidade do delinquente (mas antes de a respectiva pena ser pronunciada), e também enquanto os delinquentes estão na prisão ou submetidos a uma medida de vigilância comunitária.

Sendo certo que reforçando este último ponto se encontra a fundamentação decorrente dos conceitos enunciados nos Princípios Básicos sobre Justiça Restaurativa,





enunciados na Resolução do Conselho Económico e Social das Nações Unidas, de 13 de Agosto de 2002 (136), a saber:

1. **Programa Restaurativo** - *se entende qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativos;*
2. **Processo Restaurativo** - *significa que a vítima e o infractor, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afectados pelo crime, participam colectiva e activamente na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo abrange mediação, conciliação, audiências e círculos de sentença;*
3. **Resultado Restaurativo** - *significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objectivando suprir as necessidades individuais e colectivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infractor.*

Ora, segundo a Resolução, o processo *restaurativo* só tem lugar quando o acusado houver assumido a autoria e ela estiver comprovada, sendo vital o livre consentimento tanto da vítima como do infractor, que podem desistir do procedimento a qualquer momento – e só vale o acordo restaurativo se consensualmente acordado e se as obrigações assumidas forem razoáveis e proporcionais.

Também a participação no encontro *restaurativo* e o que for ali admitido não pode ser usado como prova ou indício em processo judicial.

Sendo certo que o sistema de *mediação restaurativa* tem por objectivo, por um lado, a reparação dos danos à vítima, pelo outro lado, a prestação de serviços à comunidade, e, finalmente, a solução dos problemas causados pelo facto ilícito, tanto para a vítima como para a comunidade, e a reintegração tanto da vítima como do autor do crime.

Nesta linha, o programa pode ser accionado em qualquer fase do processo criminal, ou seja, antes do início da acção penal (ainda na investigação), depois de promovida a acção penal, e, na sequência, também, da sentença condenatória.

Deste modo, o modelo *restaurativo* baseia-se em valores, procedimentos e resultados definidos, mas pressupõe a concordância de ambas as partes (arguido e vítima), concordância essa que pode ser revogada unilateralmente, sendo que os acordos devem ser

---

(136) consultável in <http://www.restorativejustice.org/rj3/rjUNintro2.html> XI.



razoáveis e as obrigações propostas nesses acordos devem atender ao princípio da proporcionalidade, e a aceitação do programa não deve, em nenhuma hipótese, ser usada como indício ou prova no processo penal, seja o original seja em um outro.

Obviamente então que os objectivos dos programas de “justiça restaurativa” diferem segundo o momento do processo penal em que foram propostos: por vezes parecem constituir uma resposta a um conflito, outras têm sobretudo um carácter de intervenção terapêutica, de acordo com a concreta fase do processo.

## B

### SOLUÇÃO REPARATÓRIA NO PROCESSO JUDICIAL?

Neste ponto – e como cremos já ter resultado exuberantemente do exposto em último lugar – é nosso entendimento que não é legítima a desconsideração (senão mesmo desconfiança!) que impera entre nós relativamente à demanda de uma “solução reparatória” *no* processo judicial e *pelo* sistema judicial propriamente dito.

Ora quer nos posicionemos exteriormente, quer no contexto e dentro do espírito da “justiça restaurativa” *stricto sensu*, sendo que esta última em tese se posiciona como alternativa ao sistema judicial – na medida em que não se trata de um encontro no cenário de um foro ou tribunal, mas fora da estrutura e do ritual judiciário (e em que não haveria nem juiz, nem ministério público, nem advogado, nem escrivão, nem testemunhas, nem documentos, nem perícias) – mais do que legítimo e possível, torna-se mesmo necessário apostar no papel que ainda pode e deve ser desempenhado pelas instituições jurídicas e judiciárias.



Senão vejamos e começando pela abordagem do papel que pode ser desempenhado pelo *Juiz*.

Já *supra* referimos que a *conciliação* e a *mediação* eram duas das possíveis formas de “diversão”, impondo-se agora esclarecer que se tem falado de mediação “fora” do tribunal e de mediação “à sombra” (ou “dentro”) do tribunal (137), querendo-se com isto referenciar a distinção que se pode estabelecer entre a mediação “fora” de qualquer instância (a qual por sua vez pode seguir duas vias, a saber, a das regulamentações estaduais que criam instâncias para este efeito – quer instaurando mediadores generalistas para a resolução de litígios (138), quer instituindo mediações especializadas (139) – e a das partes, interessadas elas próprias numa forma unilateral ou convencional – caso em que podem elas mesmas prever o recurso a um terceiro mediador no caso de litígio, quer por iniciativa de uma das partes, quer pelo funcionamento de uma cláusula de resolução amigável inserida no contrato) e a que ocorre “no decurso” da instância (consistindo em pôr termo a esta sem julgamento e, além disso, prevenir os litígios ulteriores, tendo por referência as formas de mediação judiciais adaptadas aos litígios negociáveis, em que a alternativa se situa em confiar os poderes de mediação ou a um *Juiz* ou delegá-los a um terceiro, remunerado ou não).

Obviamente que neste quadro, o *juiz-julgador*, em função do seu poder coactivo, não pode actuar, coordenar ou acompanhar as mediações (140), na medida em que a sua presença nas mediações tenderia a confundir o persuasivo com o coactivo, donde a sua influência poderia inibir as narrativas auto-compositivas e o protagonismo dos mediandos, aspecto que merece seguramente a anuência dos próprios *juizes*, que têm presente a importância de não confundir a actuação do mediador (paradigma da persuasão) com a actuação jurisdicional (paradigma do poder de império).

---

(137) as designações foram utilizadas por EVELYNE SERVERIN (2001) no Relatório que elaborou para o Comité de Peritos do Conselho da Europa sobre a eficácia da justiça, em que se procuravam identificar os lugares da mediação.

(138) a instituição francesa do “conciliador de justiça” (“conciliateur de justice”) pode-se considerar disto o protótipo.

(139) é o caso na Finlândia dos “Municipal Consumer Advisors”, criados a nível local em 1978, com o objectivo de fornecer serviços de informação e apoio aos consumidores.

(140) Também neste sentido e muito convictamente ALMEIDA (2005: 46).



Sem embargo, algo diferente já será a atitude que se espera e pretende do *juiz-negociador* quando está em causa exercer a conciliação, a qual é uma espécie de mediação (focada no acordo) em que se admite uma ascendência hierárquica de quem está a conciliar; nesta linha, a conciliação é compatível e mesmo inerente à actuação do *Juiz*.

No fundo, o *juiz-negociador* quando exerce a conciliação terá a dupla função de dizer o direito e conciliar as partes.

Em todo o caso, o *Juiz* terá sempre uma intervenção despido dos seus poderes jurisdicionais, e daí que seja uma intervenção qualitativamente diferente daquela protagonizada pelo mesmo no sistema judicial ortodoxo (141), sendo ali a sua escolha primacialmente determinada quer pela sua especial qualificação, quer pela sua reconhecida isenção e idoneidade.

Temos então neste conspecto o reconhecimento de que o *Juiz* está em posição vantajosa para sensibilizar, directamente ou por intermédio de conciliadores, os advogados e as partes, no sentido da conciliação.

E isso é um aspecto da sua possível e desejável intervenção que não deve ser menosprezado, antes acolhido e potenciado a nível dos normativos e das práticas.

Mas outros e relevantes papéis são e podem ser desempenhados pelos demais “actores” e instâncias do sistema judicial.

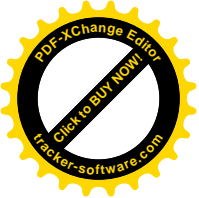
Desde logo pelos *orgãos de polícia criminal*: tendo uma primeira intervenção muitas vezes no momento imediatamente anterior à instauração do processo criminal, naturalmente que sobretudo quanto aos crimes particulares e semi-públicos, dispõem de uma considerável área de intervenção em que em função de uma reparação extrajudicial que tenha sido operada e que dos mesmos seja conhecida, o conflito acaba por ser resolvido imediatamente (142), e mesmo sem intervenção do Ministério Público, legitimando que se designe tal tipo de “diversão” por “diversão simples” (143).

---

(141) Mesmo neste pode no actual sistema processual e no que diz respeito à pequena criminalidade, detectar-se no juiz um papel de conciliador informal: muitas vezes, nos crimes particulares e semi-públicos, o juiz após o interrogatório do arguido e ao momento do depoimento do assistente/ofendido, tenta uma verdadeira conciliação que possa levar à desistência da queixa ou à transacção em matéria civil, o que muitos vezes consegue (referindo este aspecto, LUÍS, 2005: 54).

(142) naturalmente no pressuposto de que a vítima/ofendido nesse quadro já não deseja a instauração do procedimento criminal, não apresentando a queixa-crime que a promoveria.

(143) a designação encontramos-la em PINTO (2005: 74).



Analisando agora mais aprofundadamente o papel do *Ministério Público*, obviamente que se vislumbra uma pelo menos dupla grande possibilidade de actuação, que seguindo a mesma designação vinda de enunciar, se poderia qualificar de “diversão encoberta” e “diversão com intervenção” (144).

Consabidamente num sistema como o nosso em que vigora o princípio da legalidade na promoção do processo penal (ou da obrigatoriedade da acção penal) – que é a regra, sendo composto de dois deveres que incumbem ao *Ministério Público*, enquanto titular da acção penal, a saber, o dever de investigação (“o dever de abrir inquérito sempre que tenha notícia de um crime”- art. 262º, nº2 do C.P.Penal) e o dever de acusar (“o dever de deduzir acusação sempre que tenha indícios suficientes de que certa pessoa foi o autor do crime”- art. 283º, nº1 do C.P.Penal) (145) – naturalmente que se o exercício da acção penal se configura como a função mais importante do *Ministério Público*, por um lado, já pelo outro não tem impedido o legislador de, apesar de espartilhado por tal princípio, vir ensaiando no próprio seio da justiça tradicional vários mecanismos de consenso e oportunidade seguindo de perto os princípios inerentes aos mecanismos alternativos.

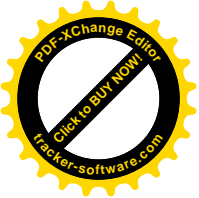
É precisamente nesta lógica que se inserem os já citados mecanismos estabelecidos no *processo penal* ao nível do processo sumaríssimo (art. 392º do C.P.Penal), “*Arquivamento em caso de dispensa de pena*” (art. 280º do C.P.Penal) (146) e “*Suspensão*

---

(144) continuamos a adoptar a conceptualização típica enunciada por COSTA (1985: 109-110) e ulteriormente perfilhada por PINTO (2005: 74).

(145) Veja-se quanto a estas noções CAEIRO (201-: 32)

(146) Referem-se a título exemplificativo: artigos 74º (quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena se a ilicitude do facto e da culpa do agente forem diminutas, se o dano tiver sido reparado e se à dispensa da pena se não opuserem razões de prevenção – nº1, al.a) e c); 186º (o tribunal dispensa de pena o agente quando este der em juízo esclarecimentos ou explicações da ofensa de que foi acusado, se o ofendido, quem o represente ou integre a sua vontade como titular do direito de queixa ou de acusação particular, os aceitar como satisfatórios e pode, ainda, o tribunal dispensar de pena se a ofensa tiver sido provocada por uma conduta ilícita ou repreensível do ofendido – injúria, difamação e ofensa à memória de pessoa falecida); 286º (no caso dos crimes previstos nos artigos 272º - incêndios, explosões e outras condutas especialmente perigosas -, 273º - energia nuclear -, 277º - infracção de regras de construção, dano em instalações e perturbação de serviços -, 280º - poluição com perigo comum -, 281º - perigo relativo a animais ou vegetais -, 282º - corrupção de substâncias alimentares ou medicinais -, 283º - propagação de doença, alteração de análise ou de receituário - e 284º - recusa de médico - se o agente remover voluntariamente o perigo antes de se ter verificado dano considerável, a pena é especialmente atenuada ou pode ter lugar a dispensa de pena) e 364º, todos do C.Penal (as penas previstas nos artigos 359º - falsidade de depoimento ou declaração -, 360º - falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução - e 363º - suborno -, são especialmente atenuadas, podendo ter lugar a dispensa de pena, quando a falsidade disser respeito a circunstâncias que não tenham significado essencial para a prova a que o depoimento, relatório, informação ou tradução se destinar, ou quando o facto tiver sido praticado para evitar que o agente, o cônjuge, um adoptante ou adoptado, os parentes ou afins até ao 2º grau, ou a pessoa que com aquela viva em



*provisória do processo*” (art. 281º do C.P.Penal), configurando todos estes mecanismos vias alternativas para a resolução do litígio (que envolva ilícitos penais) inseridas no seio da chamada justiça tradicional (147), existindo, por sua vez, no domínio dos *crimes tributários* os correspondentes mecanismos, quer por via da remissão para um conjunto de artigos do C.P.Penal, permitindo nomeadamente a aplicação dos arts. 280º e 281º do C.P.Penal na “*Decisão do Ministério Público*” (art. 43º do R.G.I.Tributárias), quer de “*Arquivamento em caso de dispensa de pena*” (art. 44º do R.G.I.Tributárias) (148).

Temos presente que o paradigma tradicional é o de que a realização da justiça criminal passa necessariamente pela intervenção do juiz sempre que se verifiquem os pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais (princípio da legalidade), e daí que ainda em 1987 o Tribunal Constitucional, no acórdão que julgou da inconstitucionalidade do Código de Processo Penal (Ac. nº 7/87, de 9 de Fevereiro) decidiu que a suspensão por decisão do *Ministério Público* seria inconstitucional por violação dos arts. 206º e 32º, nº4 do Constituição da República Portuguesa (149) – forçando a exigência suplementar do consentimento do JIC que consta da redacção em vigor do art. 281º do C.P.Penal – mas cremos que se vem formando um consenso alargado e generalizado no sentido de que uma intervenção/consentimento judicial na fase inicial da acção penal só cobra justificação

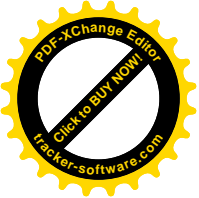
---

condições análogas à dos cônjuges se expuserem ao perigo de virem a ser sujeitos a pena ou medida de segurança).

(147) que quando operam, transmutam a dita justiça tradicional em domínio da justiça consensual sob a supervisão do *juiz*, o qual funciona então como uma espécie de conciliador ou pelo menos como “aferidor” da legalidade, conforme caracterização do já citado LUÍS (2005: 54).

(148) Ainda assim uma relevante diferença desde logo se detecta entre os dois regimes que consagram afloramentos do *princípio da oportunidade* (o do C.Penal e o do R.G.I.Tributárias), a saber, no art. 74º do C.Penal prevê-se a dispensa de censura (pena) para os crimes puníveis com pena de prisão não superior a 6 meses ou só com multa não superior a 120 dias, desde que a tal se não oponham exigências de recuperação do delinquente e de prevenção geral e se verifiquem ilicitude ou culpa diminutas do agente e o dano tiver sido reparado, enquanto no art. 22º do R.G.I.Tributárias, se alarga os pressupostos da aplicação da dispensa de pena, ao prever essa possibilidade verificados que sejam os pressupostos que nele se estabelecem, no que ora mais nos importa, tratar-se de crime tributário punível com pena de prisão igual ou inferior a 3 anos de prisão (para além de ter ocorrido a reposição pelo agente da verdade sobre a situação tributária, ocorrer ilicitude do facto não muito grave e culpa do agente não muito grave, ter-se verificado o pagamento da prestação tributária e demais encargos legais ou restituição dos benefícios injustificadamente obtidos, e bem assim, finalmente, não haver oposição de razões de prevenção).

(149) entendendo não ser aceitável “*a atribuição ao MP da competência para a suspensão do processo e imposição das injunções e regras de conduta previstas na lei, sem a intervenção de um juiz, naturalmente o juiz de instrução*”.



enquanto está em causa e para salvaguarda dos direitos liberdades e garantias individuais (150), *maxime* tendo em conta que relativamente aos mecanismos de “justiça restaurativa” que tenham lugar antes da acusação se está no *domínio* do *Ministério Público* (151), a quem compete exclusivamente decidir sobre a forma de encerrar o inquérito (sem embargo dum controlo exógeno que sempre existirá por parte dos sujeitos processuais – pelo assistente, contra despachos de arquivamento expressos ou mesmo implícitos e pelo arguido, contra despachos de acusação – ou mesmo endógeno – realizado pela estrutura hierárquica do *Ministério Público*), pelo que, tendo em conta a estrutura acusatória do processo (consagrada no art. 32º, nº5 da C.R.P.), o sistema está concebido e afigura-se ser suficiente para esconjurar o perigo de inadimplemento dos deveres funcionais de arquivar, suspender e acusar pelo *Ministério Público* (152).

Neste conspecto, verificados os respectivos pressupostos legais de recurso a um mecanismo restaurativo no quadro dos afloramentos do princípio da oportunidade consagrados legalmente, pode-se mesmo dizer que cessa o dever de acusar para o *Ministério Público* e emerge o dever de recurso aos ditos mecanismos...

Pois que tudo passa afinal por estabelecer que nos casos em que a decisão compete singular e exclusivamente ao *Ministério Público*, tal fique dependente de critérios e requisitos definidos na lei (e não da discricionariedade do mesmo!), consabido que é ser ele o primeiro garante da legalidade (art. 219º, nº1 da C.R.P.), e nomeadamente a quem estatutária e legalmente competirá fiscalizar a “legalidade” de toda e qualquer medida, proposta/apresentada perante o próprio ou não (153).

---

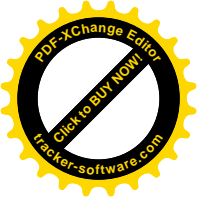
(150) Neste mesmo sentido e particularmente quanto à concordância judicial à suspensão provisória do processo, veja-se CORREIA (2009: 43-83) e bem assim o mesmo CORREIA (2007: 71-75).

(151) sustentando este ponto de vista no que à mediação penal diz respeito, ALMEIDA (2006:49).

(152) para além de que a violação do dever de promover a acção penal, de acordo com os cânones processuais legalmente fixados, está elevada à categoria de ilícito típico – o de “denegação de justiça e prevaricação” constante do art. 369º do C.Penal.

(153) Sem embargo do vindo de dizer, já nos parece que quanto à homologação do acordo (com o efeito de homologação de desistência de queixa) que tem lugar na mediação penal de adultos instituída pela Lei nº 21/2007 de 12 de Junho (arts. 5º e 6º da mesma), já nos parece que até por paralelismo de soluções com o previsto nos anteriormente citados casos dos arts. 280º e 281º do C.P.Penal (de exigência de consentimento do JIC), atendendo a que no dito acordo pode claramente estar em causa a aplicação de uma medida que coarcte os direitos fundamentais e as garantias individuais do arguido, caso em que revestirá inequivocamente um carácter materialmente jurisdicional a dita função de homologação do acordo, melhor seria a solução de cometer a mesma, numa revisão legal, ao JIC.





Ora, retornando à anterior definição de “diversão encoberta”, poderíamos dizer que ela ocorre quando o infractor tem consciência de que se praticar certos actos “reparatórios”, designadamente se indemnizar voluntariamente a vítima, o Ministério Público não o acusará ou não prosseguirá com o processo.

Ao invés, já se poderá falar de “diversão com intervenção”, desde que o processo fique suspenso sob condição de cumprimento de injunções impostas pelo *Ministério Público* (havendo como que um regime de prova antecipado).

Enfim, ambas situações em que práticas reparatórias são valorizadas ou impulsionadas pelo *Ministério Público* mesmo dentro do sistema de justiça penal tradicional.

Pelo que, se por definição a “justiça restaurativa” não descarta o contributo de todos os auxiliares de justiça penal – já supra dissemos que todos eles podem participar no processo! – desde que não se veja a questão apenas sob o ponto de vista dos procedimentos mais aptos e com melhores virtualidades para atingir tal objectivo, parece-nos que o papel desempenhado ou a desempenhar pelo *Ministério Público* só pode ser enaltecido e favorecido.

Vejamos agora o possível papel dos *Advogados*.

Empiricamente tem-se a noção de que como os *Advogados* se apresentam com um dos “pés” no aparelho judiciário, sendo usual ser solicitada a sua intervenção apenas depois de terem falhado todas as diligências de negociação ou conciliação entre as pessoas e quando estas já só pensam em lutar, há uma natural tendência para o advogado ser alvo – pela contraparte em litígio – de enorme ressentimento, o que logicamente o arredaria duma posição de protagonismo activo no que aos mecanismos de “justiça restaurativa” concerne.

Contudo, uma intervenção advocatícia pacificadora traduzida por o advogado se evidenciar como um instigador à comunicação e à negociação entre as partes pode manifestar-se por múltiplas formas e em inesperados momentos: v.g. contactando com o mandatário da outra parte para que seja explorada uma solução negociada; aconselhando o seu patrocinado a enveredar pela via da pacificação informal do conflito; dirigindo a resolução do conflito para centros de pacificação; instruindo o seu cliente quanto aos termos do acordo final (154).

---

(154) Neste sentido veja-se FERREIRA (2006: 83-84).





Para além de que o próprio *Advogado* poderá integrar uma equipa de mediação ou nela intervir em representação/patrocínio da sua parte, assim como em concretas diligências de conciliação ...

Ademais promover soluções reparatórias é afinal o que melhor constitui o espírito deontológico que subjaz a um dos específicos deveres dos *Advogados* consignados no art. 95º, nº1, al.a) do Estatuto da Ordem dos Advogados (155) (“aconselhar toda a composição que ache justa e equitativa”), isto é, enquanto por essa via o mesmo promove uma “composição justa e equitativa”.

Sendo certo que o desencorajamento que tal pode eventualmente representar para os próprios *Advogados*, com referência aos “custos” acrescidos que as “práticas restaurativas” poderão implicar, trata-se de uma falsa questão, na medida em que se muita da litigiosidade “reprimida” tem oportunidade de, em tempo e com efeito útil, ser conhecida e resolvida extra-judicialmente por via de uma intervenção activa dos advogados, também num momento subsequente tal pode acontecer, sendo o “saldo” positivo dessa intervenção muitas vezes incomensurável tanto numa como noutra fase.

Para além de que os próprios cidadãos irão paulatinamente descobrindo a mais-valia de uma tal via e ficando sensibilizados com os resultados que forem sendo alcançados, donde ser conveniente os *Advogados* irem estando preparados para responder às solicitações que lhes forem apresentadas.

Nesta linha, subscrevemos integralmente o que foi aduzido por FRANCISCO AMADO FERREIRA (2006: 85-86) quando sustentava que “*Os Advogados devem situar-se entre os principais arautos de uma política de diversão da resposta penal, já que são eles que asseguram a defesa da sociedade civil perante os tribunais; constituem o primeiro contacto e o elo de ligação dos seus consulentes e patrocinados com o aparelho judicial; incumbe-lhes o dever jurídico de ordem estatutária de aconselhar, em termos equitativos, a justa composição dos conflitos, dada a relação de confiança e de lealdade que estabelecem com os clientes, surgem numa posição mais privilegiada (face a outros possíveis agentes desta política) para a promoção de um tal programa; não podem aproveitar-se dos elementos obtidos nas negociações malogradas para deles se valerem em juízo, sob pena de nulidade das provas assim obtidas e da eventual responsabilidade de diversa natureza (disciplinar, civil e penal)*”.

---

(155) aprovado pela Lei nº 15/2005, de 26 de Janeiro.



Quanto a este último aspecto – do segredo profissional – tal é um dever deontológico há muito consagrado estatutariamente (156), pelo que qualquer das partes não tem nem deve sentir-se receosa de participar com abertura e integral boa fé em negociações que surjam, pois que em caso do seu malogro, se encontra devidamente protegida e salvaguardada nos seus interesses individuais mais legítimos.

Assim, tendo presente este quadro vindo de enunciar, não há como não concluir no sentido de que qualquer dos mecanismos alternativos de resolução de litígios devem se aprofundados e difundidos, não só exteriormente junto dos cidadãos e das empresas, como inclusive no seio da própria classe dos Advogados (157).

Quanto aos *Serviços de reinserção social*, cremos que sem sofisma é possível atribuir-lhes uma tarefa neste âmbito que, sendo ambiciosa, não deixará de representar o espírito do nosso tempo: numa era em que impera o pragmatismo e em que se espera de todos e cada um desempenhos ao nível da excelência, que sendo funcionalmente ajustados de igual modo sejam socialmente úteis, cremos que uma sua actuação multifacetada é a única que encarna o próprio espírito humanitário da “justiça restaurativa”.

Sobretudo quando se propugne a adopção de um *sistema restaurativo/jurisdicional/institucional* (158) (por contraposição a um sistema restaurativo/extrajudicial).

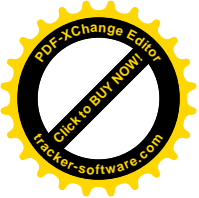
Temos presente que Portugal emerge actualmente, ao nível de práticas de “justiça restaurativa”, com forte incidência a nível pré-sentencial, como concretizado entretanto em texto de lei – Lei nº 21/2007 de 12 de Junho, que criou um regime de mediação em processo penal, já abordado supra – com novas variações a nível de intervenção inter-institucional, com enfoque na vítima-agressor, alargando um âmbito que estava, sobretudo *strictu sensu*, assente nas competências do então Instituto de Reinserção Social (ALBINO, 2004), tendo tido este último um papel fundamental em termos da figura de *mediação*, no nosso passado recente, na medida em que até então essa mediação era apenas feita no âmbito da Lei Tutelar Educativa, dirigida a menores até aos 16 anos.

---

(156) Veja-se o art. 87º, nº1, als. e) e f) do E.O.A. (citada Lei nº 15/2005 de 26 de Janeiro).

(157) Nesse preciso e igual sentido foi tal expressamente afirmado em conclusão final no V Congresso da Ordem dos advogados (realizado de 17 a 20 de Maio de 2000).

(158) Discorrendo sobre estes dois sistemas veja-se ESTEVES (2006: 59).



Qualquer decisão oficial que Portugal tomasse no que tocava a importar as vantagens acrescidas de se intervir com mecanismos de “justiça restaurativa” face às suas dinâmicas prisionais, teria porventura que ter presente a existência de uma forte prevalência de penas de longa duração, o que não deixava de sugerir que, até melhores respostas sociais, o contexto prisional podia ser um contexto ímpar para intervenção dentro do espírito da “justiça restaurativa”.

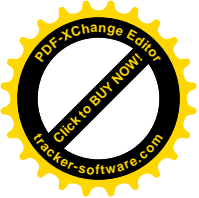
Obviamente que a prossecução dos objectivos da “justiça restaurativa” não pode deixar de ser entendida enquanto facilitadora na intervenção com as partes e nunca algo que se torna prejudicial a quem decide participar ou não participar nesse processo de mudança, que o mesmo é dizer, ao iniciar esse processo, deve sempre pressupor-se o livre consentimento e interesse das partes envolvidas (sem prejuízo dos envolvidos), havendo um quadro de princípios orientadores da intervenção claros.

O papel das partes envolvidas assume uma enorme relevância, dado que passa por consentir, fazer parte como participantes críticos e desenvolver soluções (BENNETT, 2006: 35-39).

Concretizando melhor: num primeiro momento, pretende-se com as possibilidades deste conceito a potenciação de mudanças individuais e, não menos importante, mudanças sociais, isto é, partindo do pressuposto e dado adquirido de que o sistema criminal de justiça e o sistema prisional em particular (neste caso, o português) têm vindo a reconhecer que, para darem resposta a todas as questões associadas com o controlo formal do crime, prisão e sociedade civil não podem ficar divorciados de um modelo construtivo de reparação à vítima.

EDGAR (1999: 6-7) afirmava mesmo que qualquer intervenção a este nível sem a ligação à comunidade do perpetrador do crime e da vítima, parece um erro de forma e de conteúdo.

De destacar, então, o “produto” constituído pelo Programa “O MEU GUIA PARA A LIBERDADE”, da autoria duma “Equipa de inovação” constituída por representantes do Centro de Estudos e Formação Penitenciária e de Estabelecimentos Prisionais Piloto, que representando uma realização nesta temática, assume uma pertinência e relevância



incontornável na nossa investigação, donde sobre ela irmos agora incidir a nossa atenção (159).

“O Meu Guia para a Liberdade”, também designado “Guia” na sua forma abreviada, era um programa de intervenção com a população reclusa centrado na elaboração de um portefólio reflexivo, construído pelo próprio recluso e que traduz resultados da aquisição de conhecimentos e competências úteis no processo de aprendizagem para a vida em liberdade.

Da análise que sobre o mesmo fizemos, parece-nos ser efectivamente justificada a afirmação que no mesmo se reúnem *“simultaneamente as três grandes prioridades subjacentes à aplicação de uma medida privativa de liberdade: reabilitação, ressocialização e consciencialização da existência do dano e da vítima”* (160).

Assim, enquanto exemplificação de “justiça restaurativa” na fase pós sentencial, e em contexto prisional, sem se deixar de acentuar o papel participativo que a prisão pode ter na resolução de conflitos (BENNETT, 2006: 35-39), contudo importava assegurar condições para que a intervenção fosse adequada e respeitadora das partes envolvidas.

É certo que no contexto específico prisional, se bem que Portugal denote um processo de aproximação à sociedade civil, caracterizado por VIEIRA (2005: 35-41) como “desinstitucionalização”, era sabido que a experiência de intervenção comunitária era ainda muito fragmentada, para não dizer praticamente inexistente.

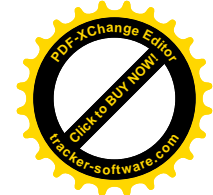
Aliás, como era salvaguardado por ALBINO (2004), os técnicos de intervenção em “justiça restaurativa” tinham de ter total isenção face aos implicados, o que pressupunha que não dependia do voluntarismo dos profissionais destacados para intervir, internamente, no meio prisional.

Assim, se fazer intervenção dentro do espírito de “justiça restaurativa” num contexto que revela saturação emocional como o meio prisional já pode ser complicado, quando estava em causa a realidade portuguesa, importava sempre ponderar a ligação disfuncional entre os objectivos institucionais que poderiam ser esperados do sistema prisional e os poucos recursos humanos e materiais que normalmente estariam presentes (MIRANDA PEREIRA, 2005: 9-16).

---

(159) o texto integral deste produto encontra-se acessível no sítio electrónico opac.iefp.pt:8080/images/winlibimg.exe?key=&doc=78059&img=799, tendo sido consultado em 23 de Dezembro de 2010.

(160) cf. página 5 do mesmo.



Vejamos como estas considerações foram tidas em consideração no citado programa “O Meu Guia para a Liberdade”.

Consabidamente, a amplitude das possibilidades da “justiça restaurativa” abrange, em si mesma, outros dois conceitos que são caros à fundamentação teórica do dito Produto “O meu Guia para a Liberdade”: o de Empowerment e de Reconhecimento.

Segundo PELIKAN (2003: 73-77), o *empowerment* é um dos dois eixos fundamentais da “justiça restaurativa”: “O *empowerment* está relacionado com um elemento essencial da mediação, a participação”. O mesmo autor adianta que fazer “justiça restaurativa” é permitir às partes envolvidas falarem de si e dos seus interesses, bem como devem ser capazes de poder concordar e discordar. PELIKAN (2003: 73-77) adianta que esse *empowerment* tem de ser compensador e que nenhuma das partes se deve sentir fragilizada pois, caso contrário, se não estão reunidas as condições e capacidades, a mediação não deve ter lugar.

Ora, segundo este mesmo autor, fortemente associado ao conceito/princípio do *empowerment*, temos um outro eixo fundamental que é o *princípio de reconhecimento*: este traduz-se no acto de legitimar a outra pessoa, cabendo ao mediador propiciar esse reconhecimento mútuo.

Assim, é possível encontrar no desenho teórico e nas práticas da “justiça restaurativa”, um processo de inter-influência conceptual e de práticas subjacentes em outros conceitos contemplados no âmbito do desenho do programa “O Meu Guia para a Liberdade”: sendo a “justiça restaurativa” um conceito que implica a mudança, a nível endógeno e exógeno, parece efectivamente ter feito sentido implicá-lo na concepção teórica de “O Meu Guia para a Liberdade”.

De referir que nos processos de planeamento, auscultação, mediação e reparação feitos no quadro da “justiça restaurativa” neste contexto, o plano de intervenção se encontra feito em trinómio – em termos das partes envolvidas e a envolver –, numa perspectiva tridimensional, conjugando o *Auto-conhecimento* e *Reconhecimento de Si*, o *Conhecimento* e *Reconhecimento do Outro* e o valor acrescido desse processo relacional.

No dito “programa” propunha-se um *Workshop* com a designação de “Perceber o Dano e a Reparação”, que consistia numa dinâmica proposta para a fase do programa em que os participantes são convidados a reflectir sobre “os erros da minha vida”, sendo que o objectivo geral era o de que no final do *workshop* os participantes deviam compreender os



conceitos de dano e reparação, reconhecendo e assumindo a responsabilidade pelas consequências dos seus comportamentos nas vítimas.

Como objectivos específicos, estavam aí enunciados os seguintes: Compreender os conceitos de dano e reparação; Aprender a assumir a responsabilidade pelos seus actos; Aprender a explicar e justificar o seu comportamento; Tomar consciência das consequências resultantes do seu comportamento na vítima; Reconhecer a oportunidade de reparar a vítima pelos danos causados; Aprender a actuar no futuro de acordo com as estratégias aprendidas.

Previa-se relativamente ao número de participantes, 8 a 12, que a duração do *Workshop* seja desenvolvido em 3 sessões de 1:30 horas (Sessão 1 – Exploração dos conceitos de Dano e Reparação; Sessão 2 – Dano e Vítima; Sessão 3 – Reparação), que a disposição da sala consista num ambiente informal (a sala deve ser preferencialmente preparada com mesas e cadeiras que se dispõem em “u”, em círculo ou em quadrado – sendo que o *facilitador* deve estar entre com os participantes – de forma a facilitar o processo de comunicação e o manuseamento dos portefólios) e que os materiais a utilizar sejam: Quadro ou *flip-chart*, folhas de papel A4 brancas, cartolinas, esferográficas, cola, cliques, fita-cola e dicionário.

Com *data venia* vamos então reproduzir o teor da *Conclusão* elaborada no final do citado “produto” que é do seguinte sentido: “*O programa O Meu Guia para a Liberdade é um programa de intervenção junto da população reclusa que tem por objectivo desenvolver competências facilitadoras da reintegração social da população reclusa. É um programa de longa duração, com uma metodologia de intervenção estruturada e que privilegia sessões de intervenção semanais para umas actividades e quinzenais para outras. Várias dinâmicas propostas no Guia podem ser aplicadas de forma independente mas o maior valor deste programa reside na aplicação conjunta e faseada de todas as metodologias propostas. No final do cumprimento de pena, cada participante do programa deve levar consigo o portefólio que construiu, acompanhado de um CD com o seu currículo actualizado, um modelo de carta de apresentação e outros ficheiros que facilitador e participante considerem úteis. Este programa está disponível em versão e-learning na plataforma de gestão de conteúdos instalada no portal [www.pgisp.info](http://www.pgisp.info)*” (161).

---

(161) cf. página 145 do mesmo.



Em conclusão: trata-se de um projecto humano e social exigente em que o seu valor acrescido é de maior importância, mas mesmo por isso impunha-se um delicado equilíbrio e ponderação, pois que atropelar as diferentes fases inerentes à implementação da “justiça restaurativa” poderia provocar ainda maior reactividade a todas as partes potencialmente interessadas.

Papel dos *Serviços de reinserção social* que então entre nós não só deve ser reconhecido, como urge ser efectivamente implementado (162) (163).

Ora, trata-se tudo isto de intervenções que não contendem mediata nem indirectamente com o papel central que na “justiça restaurativa” comumente é atribuído à Igreja, ao Estado e às Comunidades ...

## C

### CATÁLOGO DE PRINCÍPIOS E VALORES PARA OS OPERADORES JUDICIÁRIOS NO NOSSO SISTEMA

Na linha do que vimos de dizer, cremos que importa agora tentar enunciar os princípios e valores que sempre terão que estar presentes e presidir à actuação dos *operadores judiciários* que desenvolvam “práticas restaurativas”.

Considerando que nos merece acolhimento o que foi a conclusão dos intervenientes e participantes da Conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de

---

(162) segundo foi dado apurar junto da Dr<sup>a</sup> Cília Martins (Técnica junto do Estabelecimento Prisional de Castelo Branco) e bem assim junto da Dr<sup>a</sup> Regina Branco (Técnica dos Serviços Centrais da Direcção Geral dos Serviços Prisionais), o dito programa nunca chegou na prática a ser implementado na íntegra em nenhum estabelecimento prisional, por razões operativas, a saber, de poder colidir com as dinâmicas dos Planos de Reinserção Social habitualmente utilizados, donde apenas vários subprodutos daquele (metodologias de trabalho) estão em concreto a ser utilizados.

(163) Presentemente, e segundo veiculado no *portfolio* do mesmo, uma versão adaptada do Guia para a Liberdade está a ser implementada na prisão de Toulouse, em França e no Centre Pénitentiaire de Givenich, no Luxemburgo. Os Serviços Prisionais da Roménia estão também a incorporar este produto nas suas práticas.



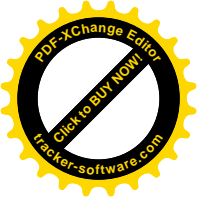
Resolução de Conflitos”, realizada na cidade de Brasília, Distrito Federal, nos dias 14, 15, 16 e 17 de Junho de 2005, vamos começar pelo enunciado então tornado público (164), a saber, *“que as práticas restaurativas e respectivas políticas públicas de apoio, devem se nortear pelos seguintes princípios e valores:*

- 1. plenas e precedentes informações sobre as práticas restaurativas e os procedimentos em que se envolverão os participantes;*
- 2. autonomia e voluntariedade na participação em práticas restaurativas, em todas as suas fases;*
- 3. respeito mútuo entre os participantes do encontro;*
- 4. co-responsabilidade ativa dos participantes;*
- 5. atenção às pessoas envolvidas no conflito com atendimento às suas necessidades e possibilidades;*
- 6. envolvimento da comunidade, pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação;*
- 7. interdisciplinariedade da intervenção;*
- 8. atenção às diferenças e peculiaridades sócio-econômicas e culturais entre os participantes e a comunidade, com respeito à diversidade;*
- 9. garantia irrestrita dos direitos humanos e do direito à dignidade dos participantes;*
- 10. promoção de relações eqüânimes e não hierárquicas;*
- 11. expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito;*
- 12. facilitação feita por pessoas devidamente capacitadas em procedimentos restaurativos;*
- 13. direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo;*
- 14. integração com a rede de políticas sociais em todos os níveis da federação;*
- 15. desenvolvimento de políticas públicas integradas;*
- 16. interação com o sistema de justiça, sem prejuízo do desenvolvimento de práticas com base comunitária;*
- 17. promoção da transformação de padrões culturais e a inserção social das pessoas envolvidas;*

---

(164) Disponível em [www.carceraria.org.br/?system=news&action=read&id=433&eid=68](http://www.carceraria.org.br/?system=news&action=read&id=433&eid=68).





*18. monitoramento e avaliação contínua das práticas na perspectiva do interesse dos usuários internos e externos.*

*Brasília, 17 de junho de 2005”*

Este enunciado de princípios e valores terá desde logo a virtualidade de constituir um primeiro avanço para a concepção do modelo de procedimento que não poderá deixar de ser o eleito, para além de sempre constituir o necessário e incontornável referencial ético da actuação dos agentes que terão a tarefa da sua implementação.

Nessa medida, e sempre com referência ao mesmo, cremos poder sintetizar esses princípios e valores nos seguintes:

- (1.) *voluntariedade*: aqui está um ponto que cremos ser incontestado, pois que, por definição, as “práticas restaurativas” só existem e lograrão alcançar efectivo resultado quando ocorre uma adesão voluntária e livre à sua implementação, o que logicamente só será alcançado quando tal é precedido de uma plena e integral informação sobre tal ocorrência, o que naturalmente envolve e contempla os procedimentos propriamente ditos; note-se que importa obviar a que ocorra um efeito de revitimação potenciado por um contacto directo entre a vítima e o agressor que seja determinado ou operado sem critério ou cautela, donde o recurso ao processo restaurativo deve constituir um direito co-titulado pela vítima e pelo agressor (e não um dever jurídico ou uma imposição, que seria sentida como “sobrevitimizante”), pois que só o carácter voluntário do processo restaurativo permite atenuar um dos reconhecidos maiores problemas da “justiça restaurativa”, a saber, o de tender a colocar a vítima e o agressor num pequeno espaço e num mesmo plano de igualdade (independentemente da sua posição em face da agressão e respectiva gravidade ou danosidade social) (165); em todo o caso, não deixamos de ter presente que sempre poderá constituir uma mera falácia ou puro mito falar de voluntarismo por parte do arguido quando o constrangimento a realizar uma conciliação por parte do mesmo se afigura como mais lógico e natural se para o dito a alternativa seja a submissão a um processo judicial e a uma possível condenação, mas ainda assim só o voluntarismo respeita a natureza da “justiça restaurativa”;

---

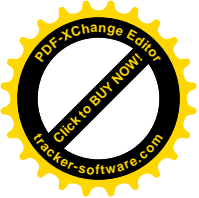
(165) acentuando estes aspectos, veja-se FERREIRA (2006: 29-33).



- (2.) *Consensualidade*: trata-se de um aspecto que tendo em conta a circunstância de o enfoque da “justiça restaurativa” ser feita nas relações entre as partes (“para restaurar!”), naturalmente surgir como primado o interesse das pessoas envolvidas e comunidade (“justiça criminal participativa”), donde o processo decisório ser naturalmente compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infractor e comunidade), dado que avulta uma verdadeira responsabilidade (pela restauração), numa dimensão social, compartilhada colectivamente e voltada para o futuro, a par de um comprometimento com a inclusão e justiça social, gerando conexões entre todos os envolvidos, mas num espírito de benefícios proporcionais para ambas as partes; nessa medida, o procedimento é primacialmente comunitário e com as pessoas envolvidas, de pendor voluntário e colaborativo, em que, por um lado, a vítima ocupa o centro do processo, com um papel e com voz activa (posto que participa e tem controle sobre o que se passa) e em que, por outro lado, o infractor é visto no seu potencial de responsabilizar-se pelos danos e consequências do delito, participando activa e directamente (vendo-se envolvido no processo), em consequência do que este é mais um aspecto co-natural e fundamental numa implementação da “justiça restaurativa”; não obstante, encontros em si e tão-somente não bastam para dar a um procedimento características *restaurativas*, que se conformam através da convergência de cinco elementos (reunião, relato, emoção, entendimento e acordo) cada qual contribuindo decisivamente para fortalecer e dar sentido restaurativo ao encontro – pode ser que dos cinco elementos não resulte a reconciliação, mas todos efectivamente ajudam a elevar a capacidade dos interlocutores de se verem a si mesmos e ao outro como pessoas, de se respeitarem mutuamente, de se identificar em termos de experiências, e quem sabe, chegar a um acordo, independentemente das sensações que inicialmente só lhes davam razão para ter medo e sentir hostilidade – inclusive porque não raro a vítima vai além dos limites e passa a ser protagonista do crime, gerando ou programando as coordenadas da própria vitimização.
- (3.) *Complementaridade*: a “justiça restaurativa” não é proposta como uma forma de justiça alternativa, mas como uma forma de solução paralela, que deve conviver com a justiça tradicional, visto ser aplicável em circunstâncias peculiares, pois depende fundamentalmente da admissão pelo transgressor



quanto à verdade dos factos, bem como da concordância de todos os interessados na solução do problema; também não se confunde com as correntes jurídicas do *abolicionismo penal*, visto que não prega a impunidade. Ao contrário, combina elementos aparentemente contraditórios como assistência e controle, ou afecto e limites, de forma a assegurar maior intensidade na resposta pública à questão do crime e das transgressões; apesar disso, os princípios éticos da “justiça restaurativa” permitem compreender que a desconstrução dos mecanismos tradicionais da justiça, ao menos na sua versão preponderantemente punitiva, passa a representar não só uma opção política viável, mas também um horizonte desejável para o futuro das instituições do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Humanos e da Democracia; daí que por respeito a este postulado, a concepção de “justiça restaurativa” que está em causa e que se propugna é a que seja um programa concebido e desenvolvido para funcionar em sintonia com o sistema, de forma compatível com a Constituição e as leis, em espaços comunitários, ainda que sem o peso e o ritual solene da arquitectura do cenário judiciário, quando tenha lugar no seu seio; naturalmente que sendo consideradas essas ponderações e definidos criteriosamente os limites de aplicação desse novo paradigma, como complemento, a “justiça restaurativa” pode funcionar bem, para um considerável número de infracções penais e nos casos em que for possível sua utilização, tendo liminarmente presente o seguinte critério e linha de orientação: desde que tenha chegado ao conhecimento dos órgãos de polícia criminal ou das autoridades judiciárias e administrativas a suspeita da prática de factos susceptíveis de integrar a qualificação de um crime público, aqueles atento o âmbito das suas competências e o seu dever legal de participação criminal, não poderão evitar a instauração de um processo criminal, sem embargo de na pendência deste virem a ser actuados mecanismos de “justiça restaurativa”, que não sendo a *mediação penal* (por estar totalmente excluída a sua aplicação pela Lei nº 21/2007 de 12 de Junho!), apenas vislumbramos poder ser numa fase pós-sentencial, pelos técnicos de reinserção social [animados pela concepção restaurativa que sustenta ser a cura (*healing*) o principal objectivo e a reparação apenas um seu

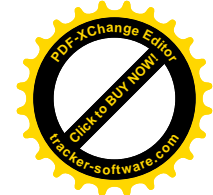


mero complemento (166)], ainda que uma reparação extrajudicial numa fase anterior à sentença, possa obviamente ser sempre relevada nesta (em termos de circunstância atenuante geral, atenuação especial da pena, suspensão da sua execução (167)), o que tudo traduz a dita complementaridade entre os mecanismos de “justiça restaurativa” com as práticas penais tradicionais, na medida em que a aplicação de uma clássica reacção criminal nunca poderá neste âmbito da grave criminalidade ser dispensada; já em casos de menor gravidade (estamos a pensar nos crimes semi-públicos e particulares relativamente aos quais esteja pendente uma acção penal) também uma complementaridade não só não se encontra impedida como pode ser até necessária (veja-se o caso de apesar de ter havido um acordo que permitiu a desistência ou renúncia à acção penal, subsistirem aspectos litigiosos a serem dirimidos no âmbito de uma tutela cível ou arbitral) ou mesmo conveniente (veja-se o caso de ser preciso salvaguardar uma suspensão da instância e dos prazos prescricionais enquanto decorrem diligências de *mediação* ou não é prolatada a decisão de 1ª instância); sem embargo, visando como visa a justiça penal ao sancionar o agente infractor atingir finalidades de prevenção especial e geral, a protecção dos interesses da vítima não podem nem devem ser a sua principal preocupação, face ao que encontrar o justo ponto de equilíbrio e adequada medida da intervenção e contribuição de cada um dos sistemas é que é aqui o *punctum saliens* da questão, donde alinharmos com CLÁUDIA SANTOS (2006: 91) quando argutamente concluía do seguinte modo: “*Sistema penal e práticas restaurativas são, pois, a meu ver, sistemas necessários e com finalidades últimas não coincidentes. Claramente não excludente, mais do que conciliáveis são sistemas que podem e devem caminhar lado a lado e sistemas que podem potenciar mutuamente os respectivos sucessos. Mas também sistemas cujos caminhos não devemos imbrincar em demasia, sob pena de com essa promiscuidade eliminarmos o que de específico e novo há em cada um deles*”.

---

(166) é a designada visão restaurativa “alargada”, sobre a qual uma conceptualização mais pormenorizada pode ser encontrada em LAUWAERT (2003: 12-18).

(167) arts. 71º, nº2, al.e), 72º, nº2, al.c) e 51º, nº1, al.a), respectivamente, todos do C.Penal.



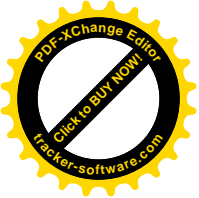
(4.) *Confidencialidade*: impõe-se imperativamente aos intervenientes num qualquer processo envolvendo “práticas restaurativas”, que seja guardado sigilo e reserva sobre o conteúdo e postura adoptadas nessa fase pelas mesmas, sob pena de não só não se lograr entre elas um diálogo aberto, franco e completamente despido de constrangimentos – ambiente sem o qual a “negociação” não encontraria seguramente terreno fértil e adequado a desenvolver-se e frutificar – como igualmente poder constituir uma “armadilha” para um contendor menos escrupuloso e de boa-fé, tivesse ou não apenas aderido a tais práticas com o intuito pré-ordenado de nelas vir a obter informações que ulteriormente – na fase judicial – viessem a constituir para o mesmo uma vantagem injusta, já que muito seguramente não teria acedido a elas a não terem decorrido com confiança e fé negocial os anteriores contactos e as afirmações que aí foram proferidas em vista da solução do conflito. Assim, só pela via da tranquilização dos intervenientes quanto ao respeito absoluto pelo princípio da não comunicação a juízo dos elementos colhidos nessa fase *restaurativa*, se conseguirá que os intervenientes adiram com confiança à negociação e esta venha a decorrer de forma leal e profícua; acresce que tal imposição de confidencialidade deve igualmente abranger e estender-se ao terceiro que em concreto tenha funções de intermediação, o qual deve respeitar um princípio de sigilo absoluto sobre o processo em que tenha intervindo, “*devido a razões de confiança pública tanto na actividade profissional (se for o caso) como nos próprios programas restaurativos e nos concretos agentes que a realizam*” (168). Nesta ordem de ideias, e enquanto não é elaborado e instituído entre nós um Código Deontológico aplicável a todo e qualquer terceiro que tenha funções de intermediação (169), designadamente para os mediadores penais que já se encontram em exercício de funções (170), sem embargo da norma geral contida

---

(168) citámos o já referido FERREIRA (2006: 78).

(169) É certo que já existe o “Código Europeu de Conduta para Mediadores”, mas o mesmo é nos seus termos literais expressos apenas destinado “a quaisquer casos de mediação de natureza civil e comercial” [vd. Newsletter DGAE, 4 (2004), p.7] .

(170) Porque não existe um código deontológico nacional para mediadores, os mediadores actuam de acordo com o dito Código de Conduta Europeu para Mediadores, e algumas estruturas jurídicas e administrativas definem as suas próprias actividades e pré-requisitos para a prática da profissão: assim, existem orientações



no art. 10º da Lei nº 21/2007 de 12 de Junho conter o enunciado dos princípios gerais vindos de afirmar e habitualmente invocados a este propósito (171), e de também o art. 52º da Lei nº 78/2001, de 13 de Julho (que instituiu os Julgados de Paz) impor a confidencialidade da *mediação* e a inabilidade do mediador para ser testemunha “*em qualquer causa que oponha os mediados, ainda que não directamente relacionada com a mediação*”,

---

quanto à forma como devem ser conduzidas as sessões de mediação, quanto aos métodos que podem ser utilizados para conseguir uma comunicação ou relação construtiva com as partes e quanto aos termos em que os mediadores podem propor acordos. Na verdade de acordo com a Recomendação do Comité de Ministros, os Estados deviam criar os mecanismos adequados de forma a garantir a adopção de normas de “boa prática”, que devem ser elaboradas e seguidas pelos mediadores, as quais servirão como Código Deontológico que garantirá a integridade, isenção e competência daqueles profissionais para que a sua conduta, uma vez pautada por elevados padrões éticos, crie nos cidadãos a confiança no processo de mediação. De referir que alguns países europeus que adoptaram a Mediação Familiar já possuem códigos/regras deontológicas(as) que regulamentam a actividade, sendo que comuns a todos eles ressaltam as normas sobre a indispensável confidencialidade – *Le médiateur ne révélera (à qui que ce soit n'étant pas partie à la médiation) aucun renseignement obtenu durant la médiation, sauf: - les renseignements fournis avec le consentement des parties au contrat de médiation; - les renseignements faisant état d'un danger gravement menaçant l'intégrité des personnes* (in **Règles du Groupe Romand pour la Médiation Familiale-Suisse**); sobre a imparcialidade, neutralidade, segredo profissional – *Il a un devoir général de réserve et plus particulièrement de neutralité et de impartialité à l'égard des parties en présence.* (in **Code de Déontologie de l'Association pour la Médiation Familiale – Bruxelles**); *Le médiateur est tenu, à l'égard des tiers, au secret professionnel dans les conditions analogues à celles définies par l'article 378 du Code pénal. Ce secret couvre l'identité et tous les éléments de la vie privée des personnes, portés à la connaissance du médiateur, ainsi que les informations et les documents confidentiels qu'il reçoit.* (in **Règles Professionnelles et Déontologiques de la Médiation édictées par le Centre national de la médiation (C.N.M.) – France**); sobre a independência e incompatibilidades do mediador - *Le médiateur est une personne indépendante des parties. Entre autres, le médiateur reprendra pas en charge les cas impliquant les membres de sa famille, ses amis proches, ses collègues, superviseurs ou ses étudiants (...)* (in **Règles du Groupe Romand pour la Médiation Familiale - Suisse**); - *Le médiateur ne peut exercer d'activités incompatibles avec la indépendance de sa fonction* [in **Règles Professionnelles Déontologiques de la Médiation édictées par le Centre national de la médiation (C.N.M.) – France**].

(171) Reza assim o dito preceito:

#### “Artigo 10º

##### *Exercício da actividade do mediador penal*

1-No desempenho das suas funções, o mediador penal deve observar os deveres de imparcialidade, independência, confidencialidade e diligência.

2-O mediador penal que, por razões legais, éticas ou deontológicas, não tenha ou deixe de ter assegurada a sua independência, imparcialidade e isenção deve recusar ou interromper o processo de mediação e informar disso o Ministério Público, que procede à sua substituição de acordo com o previsto no nº1 do artigo 3º.

3-O mediador penal tem o dever de guardar segredo profissional em relação ao teor das sessões de mediação.

4-O mediador penal fica vinculado ao segredo de justiça em relação à informação processual de que tiver conhecimento em virtude de participação no processo de mediação.

5-Não é permitido ao mediador penal intervir, por qualquer forma, nomeadamente como testemunha, em quaisquer procedimentos subsequentes à mediação, como o processo judicial ou o acompanhamento psicoterapêutico, quer se tenha aí obtido ou não um acordo e ainda que tais procedimentos estejam apenas indirectamente relacionados com a mediação realizada.

6-A fiscalização da actividade dos mediadores penais cabe à comissão prevista no nº 6 do artigo 33º da Lei nº78/2001, de 13 de Julho.”



disposição que nos parece ser aplicável por analogia, na falta de uma norma semelhante, para cada uma das estruturas “alternativas” já existentes ou que se venham a implantar (172).

- (5.) *Celeridade*: não se pode sufragar nem pretender a adesão de quaisquer partes conflituantes e bem assim da própria sociedade no seu todo enquanto interessada na administração da justiça, pelos mecanismos da “justiça restaurativa” em particular, sem ser pela concretização por estes e através deles de uma resposta expedita, célere e eficaz, obviamente que por contraponto e como mais valia desse sistema em relação ao da justiça penal *stricto sensu*; atente-se que se tal celeridade é potenciada pela simplicidade dos actos e das formas, o controlo da duração deste processo tende a ser conferido às próprias partes intervenientes (consoante a natureza, o tipo e a complexidade de cada caso), o que tem desde logo a virtualidade de as co-responsabilizar nesse processo, por um lado, do mesmo passo que constitui para as mesmas uma válvula de segurança que permite uma mais eficiente gestão temporal para o caso de se vir a revelar necessário o recurso/retorno aos tribunais.
- (6.) *Economia de custos*: associado ao princípio da celeridade pode-se falar do princípio da economia de custos, com o sentido de dessa forma se sustentar que o que justifica a opção pelos mecanismos da “justiça restaurativa” é a redução de custos materiais que lhe vai associada, beneficiando quer o Estado – que não usa a panóplia de recursos da máquina judiciária, antes os canaliza para outras frentes mais graves ou complexas de criminalidade – quer os intervenientes – num plano mais imediato do solucionamento da sua contenda e bem assim num plano mais mediato de pacificação social, permitindo dispensar qualquer ulterior coerção ou execução.
- (7.) *(Inter)mediação*: co-natural ou pelo menos normal em qualquer prática *restaurativa* é a utilização de processos de *negociação* e de *mediação (lato sensu)* por um terceiro intermediário (indicado pelas partes ou integrado em serviços públicos, privados ou comunitários de mediação penal), processos

---

(172) aderimos ao neste mesmo sentido sustentado por FERREIRA (2006: 78).





que podem ir desde a preparação e o estabelecimento efectivo de comunicação entre os “mediados” até à formulação de sugestões ou à proposta de uma solução para o conflito. Obviamente que sendo possível representar graficamente este novo e actual modelo de justiça (também designado por “sistema integrado da resolução de litígios”) como uma pirâmide em que *“teremos na base os mecanismos de autocomposição, no seu vértice os tribunais, e na zona intermédia a panóplia de meios de RAL que o Estado e a sociedade conseguem gerar”*(173), particularmente no que aos ditos meios alternativos diz respeito, é possível divisar uma multiplicidade de formas e graus de intervenção da dita entidade (ou terceiro) a quem é cometida a função de resolução do litígio (e defesa dos direitos das partes), donde essa terceira parte, muitas vezes ao corresponder ao meio mais acessível, próximo, rápido e eficiente de tutela dos direitos dos cidadãos em causa, nem sempre se poderá dizer que não acabe por lhe ser imposta, mesmo que subtilmente, pelas instâncias sociais, assim se relativizando – na actualidade e sob o nosso ponto de vista – aquele que era afirmado como o grande princípio nesta matéria, a saber, o de que *“A questão fundamental é que a terceira parte escolhida pelo cidadão para resolver o seu litígio não lhe seja imposta (...)”* (174).

- (8.) *Interdisciplinariedade da intervenção*: O processo *restaurativo* tem o seu clímax no encontro ente as partes, que não é um simples encontro, mas um encontro restaurativo, que só ocorrerá se estiverem presentes e salvaguardados os requisitos constitucionais e legais para a sua admissibilidade e continuidade, e se forem observados os princípios, valores e procedimentos *restaurativos* para se alcançar os resultados almejados e os efeitos projectados. Nesse encontro as pessoas vivenciarão emoções e racionalidade para formatar um “plano” que se denominará “acordo restaurativo”. Tenha-se presente que normalmente não se tratará de um encontro no cenário de um foro ou tribunal, mas fora da estrutura e do ritual

---

(173) citámos uma vez mais o Relatório do Observatório Permanente da Justiça – Centro de Estudos Sociais denominado “Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)”, a pags. 49-50, disponível para consulta em [www.opj.ces.uc.pt](http://www.opj.ces.uc.pt).

(174) como estava vincado no estudo aludido na nota anterior, a pags. 50.





judiciário, caso em que não haverá nem *juiz* (“jugador”), nem ministério público, nem advogado, nem escrivão, nem testemunhas, nem documentos, nem perícias. Os “negociadores” serão os dinamizadores desse encontro restaurativo. O ideal é que sejam dinamizadores psicólogos e assistentes sociais, trabalhando em parceria interdisciplinar. Podem ser dinamizadores líderes comunitários, mas desde que com uma qualificação adequada e um treino rigoroso. E se o *juiz* (“conciliador”), o ministério público e o advogado participarem de uma qualquer prática *restaurativa*, terão que o fazer dentro do espírito e valores desta, numa perspectiva interdisciplinar com os demais “actores” envolvidos, enfim, sempre cientes de que estão a actuar fora do cenário judicial do processo legal em sentido estrito. A intervenção de cariz psicológico é fundamental para o sucesso de qualquer programa alternativo de resolução de conflitos. Note-se que se trata de um encontro de emoções fortes de ódio, ressentimento, luto, desespero, sentimento de vingança, medo, pavor, mágoa, desconfiança, compaixão, perdão, auto-estima, coragem, e, por isso mesmo, só uma abordagem interdisciplinar logrará um resultado positivo, sendo certo que se houver disposição, esse “encontro restaurativo” faz as pessoas chegarem aonde o sistema penal não vai (o qual por ter um alcance mais “superficial”, não vai ao fundo do conflito que cerca cada ilícito penal e afecta os envolvidos e a comunidade) (175).

- (9.) *Interacção com o sistema judicial*: do nosso ponto de vista, os *dominus* da justiça penal são – e terão que continuar sempre a ser – as magistraturas, o que desde logo significa que à excepção de situações muito residuais de crimes particulares e semi-públicos em que não tenha chegado a ser formalizada a respectiva queixa pelo ofendido e em que os órgãos de polícia criminal possam operar uma solução à margem do sistema formal de justiça, em todas as demais situações, de uma forma mais ou menos directa e imediata, a ter lugar um mecanismo *restaurativo* na fase de inquérito, ele será promovido, orientado ou fiscalizado (senão mesmo “mediado”) pelo

---

(175) um desenvolvimento mais aprofundado sobre este aspecto pode encontrar-se em BREGA FILHO, Vladimir. *A Reparação do Dano no Direito Penal Brasileiro – Perspectivas*. São Paulo: Advogado. Disponível em <[www.advogado.adv.br/artigos/2004/vladimirbregafilho/reparacao.htm](http://www.advogado.adv.br/artigos/2004/vladimirbregafilho/reparacao.htm)> Acesso: 02 Dezembro 2010.



Ministério Público, competindo em subsequente fase do processo o correspondente poder/dever ao Juiz (de instrução, de julgamento ou de execução de penas). Na verdade, os mecanismos de “justiça restaurativa” que operem num quadro jurídico-legal, ainda que ambicionem uma resposta *alternativa* ou *substitutiva* ao funcionamento da justiça tradicional, não poderão funcionar completamente à margem nem à revelia das magistraturas, na medida em que no limite sempre competirá a estas homologar e/ou fiscalizar o acordo/solução reparatória que tenha sido alcançado, quando não uma intervenção subsidiária (no caso de falha do procedimento de “justiça restaurativa”!), mas sempre em última linha “tutelar” das próprias “práticas restaurativas” (176).

- (10.) *Disciplina*: perpassa necessariamente num sistema tal como delineado, a concepção de que os mecanismos de “justiça restaurativa” envolvem a obediência a medidas de ordem social que se mostram escolhidas pelos próprios sujeitos envolvidos no conflito (“negociação normativa”), ainda que com base num diálogo entre eles e com eles. Atente-se, por exemplo, que a mediação de adultos que se encontra instituída entre nós (Lei nº 21/2007 de 12 de Junho), consiste num verdadeiro processo formal, ainda que gerido informalmente, o que é paradigmático do apenas aparente paradoxo em que este princípio se traduz, pois que, se o ideal *restaurativo*, na sua génese e matriz filosófica (177), arrancou de uma ideia de consensualização da justiça, fruto da sua informalidade, não permite exorcizar os ritualismos processuais, antes “forçoso será concluir pela presença de uma *dimensão cerimonial* nos meios de RAL, exactamente aquilo a que se obtempera à justiça

---

(176) Afigurando-se neste contexto de toda a pertinência o que foi salientado pelo próprio BRAITHWAITE (2002: 34), quando dizia que “*muito poucos agentes criminais que participam em procedimentos de justiça restaurativa permaneceriam na sala sem uma certa margem de coerção. Sem a sua descoberta ou detenção, sem o espectro da alternativa que é o tribunal criminal, eles simplesmente não participariam num processo que põe o seu comportamento sob escrutínio público. Nada de coerção, nada de justiça restaurativa (na maior parte dos casos)*”.

(177) consabidamente os fundamentos filosóficos da justiça restaurativa podem no essencial ser encontrados na visão jusfilosófica de JÜRGEN HABERMAS vazada nos conceitos de “acção comunicacional” e de “democracia deliberativa”, e bem assim na “teoria sistémica” de NIKLAS LUHMANN e o papel central que na mesma é atribuído à “comunicação”, tudo relativamente ao que se pode encontrar um sumário esboço em LEITE (2009: 89-94).



«tradicional»” (nas palavras de ANDRÉ LAMAS LEITE, 2009: 109) <sup>(178)</sup>, sendo certo que a ideia de disciplina se liga à estratégia de responsabilização dos sujeitos implicados no processo em causa e favorece a acreditação social desta actividade. Acresce que a necessidade de se respeitar a disciplina atinge por igual o agressor e a vítima e se estende à própria execução dos acordos.

## VII

### UM DIFERENTE MODELO PROCESSUAL-PENAL REACTIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE

Pensamos ser agora já tempo – e inteiramente legítimo – concluir que é carecido e inteiramente justificado um diferente modelo *processual-penal* que ao nível das reacções

---

(178) o qual em reforço dessa sua afirmação invoca LUHMANN, quando este último dizia que “o procedimento assume a natureza de estratégia social para lidar com as decepções resultantes de qualquer aplicação normativa que, se não for controlada, desemboca em conflito”.



criminais cuide da responsabilização do agente de um crime, com enfoque *no* processo judicial e *pelo* sistema judicial propriamente dito, dando a máxima relevância possível à *reparação*.

Um modelo que sendo a um tempo ambicioso e dogmaticamente fundado, do mesmo passo seja realista e pragmático.

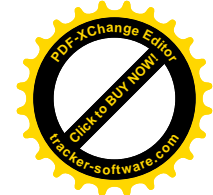
Ora para o bom sucesso de uma tal tarefa cremos ser pertinente e útil começar por historiar o que já tenha sido intentado.

Obviamente que tal se irá adequar à concreta dimensão de um trabalho como o presente, donde se ir cingir ao que segue, que julgamos corresponder ao nosso objectivo, na medida em que destaca o que de mais “completo” foi empreendido até ao presente, acrescentando uma breve panorâmica por outras realizações práticas.

## A

### A PROPOSTA DO PROJECTO ALTERNATIVO ALEMÃO E O ACTUAL SISTEMA GERMÂNICO

Foi efectivamente um grupo de professores alemães, suíços e austríacos (BAUMANN, Jürgen/ BRAUNECK, Anne-Eva/ BURGSTALLER, Manfred/ ESER, Albin/ HUBER, Barbara/ JUNG, Heike/ KLUG, Ulrich/ LUTHER, Horst/ MAIHOFER, Werner/ MEIER, Bernd-Dieter/ RIEB, Peter/ KIKLIN, Franz/ RÖSSNER, Dieter/ KOLINSKI, Klaus/ ROXIN, Claus/ SCHÖCH, Heinz/ SCHÜLER-SPRINGFORUM, Horst/ WEIGEND, Thomas) que elaboraram o Projecto Alternativo de Reparação [*Alternativ – Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*] publicado em 1992.



Contudo, esse Projecto parte da ideia exposta por um deles – CLAUS ROXIN – de configurar a *reparação* como uma “terceira via” (*drite spur*), paralelamente à pena e à medida de segurança.

E foram essencialmente as seguintes quatro razões que foram objecto e animaram as discussões do Grupo de Trabalho:

- a) o aspecto vitimológico, particularmente o prejuízo/reparação da vítima;
- b) a análise crítica jurídico-penal, a qual venceu que o Direito processual Penal estava muito mais voltado para a confrontação do que para a composição dos conflitos (ou a conciliação ou a satisfação da vítima), sem prejuízo de uma ligeira inflexão de sinal contrário detectável num momento temporal mais recente;
- c) o movimento restitutivo internacional, ao tornar evidente a aceitação da *reparação* como sucedâneo ou complemento da pena;
- d) a esperança de uma ampliação e diferenciação do instrumental de sanções jurídico-penais com a introdução da *reparação* e a respectiva promessa – no confronto com a pena e a medida de segurança – de uma maior eficácia preventiva, uma menor estigmatização e uma eficácia pacificadora maior, tudo assente, em regra, num prévio veredicto de culpa do agente.

Passaremos agora a tentar delinear em termos sintéticos as principais propostas do Projecto em referência (179).

Nas palavras dos seus próprios autores, os mais importantes princípios da configuração jurídico material da *reparação* resultam dos respectivos §§ 1º, 2º e 6º.

O § 1º contém, além de uma definição, a opção pelo princípio da voluntariedade da reparação (porque a compensação da vítima apenas pode ocorrer com base numa prestação voluntária), por um âmbito de aplicação ampliado (através da inclusão da reparação simbólica, em prol da colectividade), e bem assim do princípio da garantia do êxito (que não permite que simples promessas de prestações sejam suficientes como reparações, evitando retardamentos intermináveis do processo penal e assegurando, outrossim, que não fossem compensadoras as negociações reparatórias realizadas por meras razões de tática processual), sendo que a combinação destas três ideias fundamentais teriam o condão de estimular de forma eficaz a disposição dos autores de delitos para a reparação, de indemnizar as vítimas dos actos delituosos mais efectivamente do que até então tinha sido

---

(179) Nesta parte vamos seguir de perto a obra de JÜRGEN BAUMANN e outros (1992: 1-126).



o caso e de tornar desnecessário o recurso a meios coercitivos para a realização de prestações reparatórias.

Quanto ao § 2º, contém o mesmo uma enumeração exemplificativa das prestações reparatórias possíveis, o que em função do amplo âmbito de aplicação da reparação de acordo com o § 1º, se traduz em mencionar prestações materiais, prestações em trabalho e prestações imateriais.

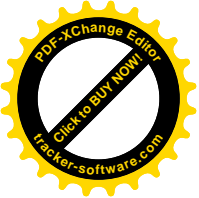
Quanto ao § 6º, ficou estabelecido que as consequências jurídicas ao nível da substituição da pena ou atenuantes desta apenas deviam beneficiar o autor quando forem efectuadas as prestações reparatórias e quando tal circunstância tenha sucedido antes da instauração da acção principal, exceptuando-se os casos (pouco frequentes) de inexigibilidade de *reparação* antecipada, em razão de circunstâncias especiais (por exemplo numa hipótese de situação de facto e de direito duvidosa, face à qual apenas possa vir a ser esclarecido no processo principal se e em que medida o autor terá responsabilidade penal).

Mas, quanto a nós, as normas mais importantes do dito Projecto eram as constantes da respectiva *Segunda Parte*, referente à “Reparação no Processo Penal”, particularmente os §§ 16º, 17º e 18º.

Senão vejamos.

Depois de no § 14º se obrigar o Ministério Público a enfrentar a questão da *reparação* ao instaurar a acção pública – propondo no libelo acusatório um “processo judicial de reparação” em caso de expectativa deste conduzir a “prestações reparatórias” – no subsequente § 16º, precisamente com a epígrafe de “Processo Judicial de Reparação”, concretiza-se que em caso de se verificarem as condições para a instauração do processo principal, desde que seja de esperar que sejam efectuadas “prestações reparatórias”, o juiz deve adiar por até 3 meses a decisão sobre essa instauração, a fim de possibilitar que sejam levados a efeito tais prestações, sendo que o procedimento judicial de *reparação* pode consistir num mero adiamento da decisão de instauração, na intervenção de um órgão de conciliação ou na celebração de uma audiência judicial de reparação, sendo que essas distintas formas podem ser empregadas sucessivamente. De referir que a forma do procedimento de reparação eleita ficava a cargo do prudente arbítrio do tribunal.

Segundo o § 17º, a negociação judicial de reparação a ter lugar na audiência era uma forma especial de procedimento judicial de reparação, cujo objectivo consistia na produção de uma *reparação* ou de um acordo de *reparação* a ser cumprido em



determinado prazo, em virtude de uma negociação oral, sob a direcção judicial, meio que se justificaria quando as possibilidades de influência e meios de um órgão de conciliação não fossem suficientes, estando pensada, em termos que o Projecto entendia como rara excepção, de situações de reparação mais difíceis e complexas, sendo igualmente possível quando uma vítima individual não existia ou não participava. Competente para a negociação judicial de *reparação* seria, a princípio, o tribunal, que decidiu abertura da audiência oral, estando determinado na parte final desse normativo, a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nessa negociação judicial de reparação, com base no entendimento que de forma alguma se deve renunciar à sua colaboração naqueles normalmente difíceis e complexos casos que eram considerados para essa classe de procedimento.

Quanto ao § 18º, ele regulava o desenvolvimento da negociação judicial de *reparação*, cuja organização era da incumbência do correcto arbítrio do juiz, a quem estava autorizado, expressamente, fazer propostas para uma reparação relevante para a sanção e bem assim empreender diligências de prova (limitadas ao esclarecimento de questões duvidosas). Terminava-se prevendo que na hipótese de um procedimento de *reparação* fracassar, se decidir o quanto antes acerca da instauração do processo principal, sem que se devesse esperar pela expiração dos prazos em curso.

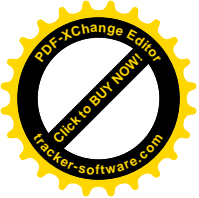
Impõe-se reconhecer que o Projecto Alternativo sobre Reparação (AE-WGM) tinha por objectivo integrar a *reparação*, com um papel autónomo e significativo, no sistema de sanções e procedimentos, a fim de se evitar, tanto quanto possível, a pena.

Tal ocorria em função das prestações *reparatórias* efectuadas pelo autor do ilícito.

As quais – enfatizando o princípio da autonomia – a não ser em casos excepcionais, deviam ser efectuadas até ao momento da instauração do processo principal (ou seja, sobretudo durante o inquérito e os procedimentos intermediários).

Todavia grandes dificuldades foram de imediato constatadas pelo Grupo de Trabalho do dito Projecto, na medida em que as suas propostas se imbricavam na “vexatio quaestio” da relação que podia e devia ser estabelecida entre a reparação das consequências do ilícito e a punição estatal, sobretudo ao nível do problemático aspecto de dever ou não ser imposta a pena.

A discussão sobre a reforma girava em torno de questões respeitantes ao Direito Penal, mais exactamente à volta dos efeitos de uma *reparação* anteposta ao processo penal,



até a sua completa integração no Direito Penal material (como via autónoma de reacção), e à sua consolidação processual dentro de um processo restitutório.

Contudo, até críticos ferrenhos da compensação autor  $\leftrightarrow$  vítima no Direito Penal, como HIRSCH, terminavam por exigir uma aplicação mais intensa na prática, sendo certo que “*O que não se detecta, em lugar algum, é uma rejeição genérica da reparação. A discussão gira apenas em torno da forma político-criminal da sua implementação*” (180).

Neste conspecto, o dito Projecto veio a ser apresentado no 59º *Deutscher Juristentag*, que teve lugar em Hannover, em 1992, altura em que apesar da grande maioria dos votantes estar de acordo com a necessidade de potenciar a ideia de compensação no Direito Penal, foram rejeitadas maioritariamente as modificações legislativas destinadas à integração da *reparação* no sistema de sanções penais (181).

O que temos então no actual sistema germânico?

O que existe de relevante neste particular no Código Penal (*StGB*) é o § 46ºA, introduzido em 1994 no mesmo.

É certo que esta disposição prevê que o tribunal possa atenuar uma pena – em função dos índices fixados no artigo 49º do Código Penal – ou inclusivamente renunciar a qualquer pena desde que a pena aplicável não ultrapasse um ano ou uma pena de dias-multa equivalente a 360 índices diários, se o autor da infracção a) se submeteu a um processo de mediação (“*Täter-Opfer-Ausgleich*”) e reparou – completamente ou em grande parte – o dano causado ou tenha tentado seriamente fazê-lo, ou b) reparou – completamente ou em grande parte – o dano causado, desde que tal implique esforços pessoais consideráveis por parte do autor da infracção. Nas duas variantes, a *reparação* ultrapassa a simples indemnização e exige uma participação activa do autor da infracção, sendo que tudo é relevado na fase da sentença [cf. art. 155ºA do Código de Processo Penal (*StPO*)].

E temos presente que foi por via destes normativos que foi implementada a *mediação penal* na Alemanha [cf. art. 153º e 153ºA do mesmo Código de Processo Penal (*StPO*)].

---

(180) Citámos a dita obra de JÜRGEN BAUMANN e outros (1992: 10).

(181) A proposta de integrar a *reparação* como “terceira via” foi rejeitada, ao obter 25 votos a favor, 42 contra e 5 abstenções; já foi aceite a ideia de potenciar a satisfação da reparação no Direito Penal partindo da regulação já vigente, com 44 votos a favor, 20 contra e 8 abstenções; por último, não foi aceite a proposta de permitir a renúncia à pena em razão do cumprimento do dever de reparação, com 22 votos a favor, 44 contra e 6 abstenções (cf. quanto a tudo DOBÓN, 2000: 76).





Contudo, tendo em conta o que era o Projecto constante do AE-WGM, cremos que não se pode concluir senão no sentido de que o referido § 46ºA do StGB não é mais do que modesta manifestação das ideias/propostas legislativas de ROXIN...

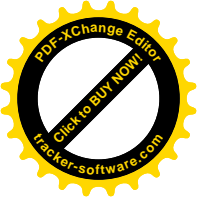
## B

### BREVE PANORAMA SOBRE OUTRAS REALIZAÇÕES PRÁTICAS NA EUROPA

Temos presente que as diferentes posições jurídicas e formas de implementação da *reparação* nos respectivos sistemas de controle criminal dos diversos ordenamentos jurídicos, assim como a multiplicidade ideológica das motivações e inter-relações, seguramente dificultam um resumo conciso das diferentes vertentes, orientações e modelos.

Ainda assim – e releve-se o risco de alguma simplificação – pode-se apontar como traço geral o de que o renascimento da *reparação* é uma característica de quase todos os ordenamentos jurídico-penais, a qual se fundamenta em toda a parte num amplo consenso político-criminal.

É certo que a Vitimologia (e o *Victim's Rights Movement*” que dela derivou) actuaram em muitos países especialmente como pioneiros de tal.



Sendo que esse consenso – que ultrapassa as fronteiras nacionais – cristalizou-se também na *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 11 de Dezembro de 1985.

Vejamos agora o estado actual das coisas neste plano por parte dum conjunto de países europeus que temos por mais significativos, o que naturalmente irá incidir com maior destaque sobre a *mediação penal*, por esta – como vimos *supra* – constituir a forma mais corrente, pela menos na Europa continental, de efectuar a “justiça restaurativa” (182), sendo certo que a situação da Alemanha acabou de ser detalhada e a de Portugal também já foi aprofundada *supra* (183).

Na ÁUSTRIA, a legislação relativa à mediação penal estabelece uma distinção, em função da gravidade das infracções em causa, entre dois regimes: A). Para as infracções que são, em princípio, passíveis de multa ou de pena privativa de liberdade de três anos no máximo, o legislador prevê que esta infracção não é punível (184) se a) a culpa do autor da infracção for muito ligeira, b) o acto não teve efeitos negativos ou só teve efeitos do seu acto ou tentou seriamente fazê-lo e c) não for necessária qualquer pena para evitar que o autor volte a cometer outras infracções (185). B). Quanto às infracções passíveis de pena privativa de liberdade de cinco anos no máximo e na condição de a culpa não ser grave nem ter causado a morte de ninguém, o procurador deve renunciar à acção penal quando, tendo em vista a mediação penal (*«aussergerichtlicher Tatausgleich»*), o pagamento de uma multa, a prestação a favor da Comunidade ou a imposição de um período de regime de prova acompanhado de obrigações, não for necessária outra pena para impedir que o autor cometa novas infracções (186). De acordo com a alínea g) do artigo 90º do Código do Processo Penal austríaco, a *mediação penal* implica que o autor confesse ter cometido a infracção, aceite procurar as causas da infracção, repare ou compense de outro modo os efeitos negativos da infracção e assuma, se for caso disso, compromissos que revelem estar disposto a abandonar os comportamentos que estiveram na origem da infracção. A

---

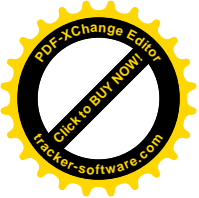
(182) vide Cap. VI, item A.

(183) vide Cap. IV, item C.

(184) “...so ist die Tat nicht strafbar, wenn...”.

(185) artigo 42º do Código Penal austríaco.

(186) artigo 90ºA do Código de Processo Penal austríaco (“*Diversion*”).



mediação penal pressupõe o acordo da vítima, excepto quando os seus motivos de recusa sejam inadequados. O elemento essencial do procedimento consiste na organização de um encontro de *mediação* entre a vítima e o autor da infracção. Este encontro é organizado por um mediador independente. Os resultados do encontro são fixados num acordo escrito que o mediador comunica ao procurador e cuja execução controla. Se o autor da infracção respeitar as condições do acordo, o processo penal é arquivado; caso contrário, segue os trâmites normais até à sentença condenatória.

Na BÉLGICA, segundo o artigo 216ter do Código Penal, o Procurador do Rei pode convocar o autor de uma infracção e, desde que o facto não pareça susceptível de ser punido com pena de prisão correcional principal superior a dois anos ou com uma pena mais pesada, instá-lo a indemnizar ou reparar o dano causado pela infracção e a fornecer-lhe a respectiva prova. O autor da infracção e a vítima podem solicitar a assistência de um advogado. O Procurador do Rei é assistido nas diferentes fases da *mediação penal* e, nomeadamente, na sua execução concreta, pelo serviço das “*maisons de justice*” do Ministério da Justiça. Os agentes deste serviço (“*conseillers et assistants en médiation*”) cumprem a sua missão em estreita colaboração com o Procurador do Rei, que controla as suas actividades. Os pormenores relativos à *mediação* em processo penal são regulados por decreto real (187). As modalidades de execução da *mediação penal* são consignadas em acta. Sempre que o autor da infracção satisfizer todas as condições, por si aceites, a acção pública extingue-se.

Note-se que o modelo de mediação penal belga é um modelo que se pode classificar como sendo “judiciário” ou “oficial” (188), uma vez que está integrado no próprio processo formal e conduzido e executado por assistentes de justiça.

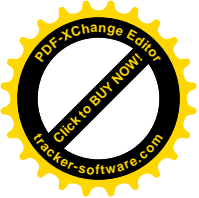
Por outro lado, em muitos municípios foi implementada a *mediação* no âmbito dos serviços de polícia, destinada a infracções de menor gravidade, caso em que, se essa mediação for bem sucedida, o procurador, posto ao corrente do acordo, arquiva o processo.

Acresce que, foi desenvolvida por um grupo de investigadores da Universidade de Lovaina, a *mediação* com fins reparadores em 1993, e, passados 4 anos, este projecto de *mediação* foi reconhecido pelo Ministério da Justiça.

---

(187) Decreto Real de 24 de Outubro de 1994 “*portant les mesures d’exécution concernant la procédure de médiation pénale*”.

(188) A designação é de AGRA e CASTRO (2005).



E também em contexto prisional foram desenvolvidos diversos projectos-piloto, permitindo esta prática a reparação das vítimas na fase da execução da pena (189).

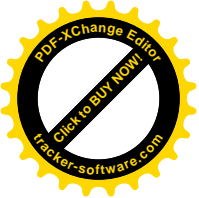
A este propósito, em 10 de Fevereiro de 1994, o parlamento belga votou a chamada “Lei de organização do processo de mediação penal”. Esta lei aditou ao Código de Processo Penal belga um novo artigo (o art. 216º), passando, desde então, a ser permitido ao procurador do Rei lançar mão da *mediação penal*, verificadas que estejam determinadas condições, nomeadamente a constatação por parte do procurador que atento o caso em concreto e a culpa do agente do crime, este não necessita de sofrer uma pena superior a 2 anos de prisão; tomada esta decisão, o arguido é ouvido no sentido de se pronunciar se aceita, para obter a extinção do procedimento criminal, uma de quatro hipóteses: a) a *reparação* dos danos causados à vítima, sendo ambos convocados para um processo de *mediação* orientado pelo procurador; b) a sujeição a tratamento médico; c) a sujeição a um programa de formação; d) a realização de trabalho comunitário.

Contudo todos aqueles projectos de *mediação* referidos em último lugar haviam sido desenvolvidos sem o integral suporte legal, pois só com a entrada em vigor da Lei de 22 de Junho de 2005 é que foram introduzidos no Código de Instrução Criminal e no Código de Processo Penal belga disposições relativas a estes processos de mediação (esta lei introduziu algumas disposições que consagram que os serviços de mediação são postos à disposição das pessoas que tenham interesse directo num processo judicial, garantindo às partes envolvidas a faculdade de recorrer à mediação penal em qualquer fase do processo).

Em ESPANHA, para além de alguns centros em certas Comunidades Autónomas, não havia, em geral, associações de assistência às vítimas, tendo sido neste contexto que em 1985 a Comunidade Autónoma de Valência criou o primeiro Gabinete de Assistência a Vítimas de Crimes, na dependência do departamento de justiça e do governo dessa Comunidade. Tal Gabinete foi influenciado pelo sistema alemão, e constituiu um modelo para todo o país, tendo sido então criados gabinetes idênticos em diversas cidades, sendo que alguns deles ensaiaram passos precisamente no sentido da justiça *restaurativa*. Todos os Gabinetes foram concebidos como serviço público, cabendo ao Estado estabelecer os serviços que podem prestar. Foram criados alguns gabinetes específicos, como a denominada Associação de Direitos Humanos do País Basco, vocacionada para os casos de terrorismo e associações que tratam assuntos relativos a minorias, como racismo ou

---

(189) Com a ajuda de um “*consultant en justice réparatrice*” (consultor em matéria de justiça reparadora) em cada prisão.



violência doméstica, acrescentando que nas Esquadras de Polícia existe igualmente um serviço de assistência às mulheres maltratadas. Nas restantes Comunidades de Espanha, é também patente a preocupação pelas vítimas, sendo disso exemplo a compensação estatal dispensada às vítimas de crimes violentos desde 1995.

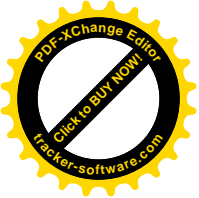
Na FRANÇA, o artigo 41-1, ponto 5, do Código de Processo Penal permite ao Procurador da República recorrer, no que diz respeito à “*pequena delinquência*” (delitos ou contra-ordenações), a *mediação penal* com o acordo do autor da infracção penal, antes de decisão sobre a acção pública, se entender que tal medida é susceptível de assegurar a reparação do dano causado à vítima, pôr termo à dificuldade resultante da infracção ou contribuir para a reabilitação do autor da infracção. A mediação penal só pode realizar-se sob mandato do Procurador da República. As partes em conflito não podem recorrer directamente ao mediador. A *mediação penal* suspende os prazos de prescrição. Para executar a mediação, o Procurador recorre a um serviço associativo de mediação ou a um mediador independente (190). O processo de designação e de habilitação dos mediadores é regido pelo artigo R.15-33-30 do Código do Processo Penal. A mediação é facultativa para as partes em causa. Respeita os direitos do queixoso e dos autores presumidos, que podem ser aconselhados ou assistidos a expensas suas pelo advogado que escolherem. O tipo de infracções em causa é da competência exclusiva do Ministério Público. Pode tratar-se de violência ligeira, furto, burla menor, não pagamento de pensão alimentar, não apresentação dos filhos, degradação voluntária, ameaça, injúria, delito de fuga, uso simples de estupefacientes, etc. A *mediação* em processo penal é gratuita para as partes. Existem diferentes modalidades de reparação de prejuízos: financeira, material ou simbólica.

O REINO UNIDO percorreu o caminho de proceder à *mediação penal* numa vertente extrajudicial e informal, socorrendo-se da noção de “*community*” (191) e traduzida num programa de *mediação penal* de reduzida intervenção dos poderes públicos (embora nalguns casos seja relevante o papel de mediador exercido pelas entidades policiais de base local!). Todavia o sistema não deixa de conhecer, igualmente, uma particular aplicação dirigida a situações de pós-condenação, onde o juiz sujeita a pessoa condenada a um regime de prova, o qual poderá integrar uma tentativa de acordo de justa composição

---

(190) Desde a criação, em 1990, das “*Maisons de Justice et du Droit*”, os processos de mediação desenrolam-se cada vez mais nestas instâncias. Estes centros estão colocados sob a autoridade do presidente do tribunal de grande instância e do Procurador da República.

(191) assim ESTEVES (2006: 60).



amigável, realizada por contacto directo entre o agressor e a vítima, ocorrido em espaço seguro e pacífico e a envolver uma *reparação* (que poderá passar pela prestação de serviços para o bem da vítima, da sua família ou da comunidade), tendo em vista, essencialmente, alguns tipos de ilícitos de carácter patrimonial e agressões verbais.

Sendo certo que na actualidade a *mediação* pode ser decretada na própria sentença (192).

Para além deste programa vítima-agressor, existem no Reino Unido os “*Country Courts*”, atendidos por juízes itinerantes e por uma espécie de “*Juizados especiais*” informais e não oficiais, em que as partes se submetem a um processo consensual.

Existe ainda uma outra estrutura alternativa de mediação penal assente nas denominadas “*Family Group Conferences*”, em que para além da presença do mediador, da vítima e do agressor, a reunião tende a envolver parentes, amigos, vizinhos e elementos das autoridades locais e escolares.

Relativamente a este modelo, T. MARSHALL (1999) enunciou cinco objectivos básicos para o sucesso de uma abordagem restaurativa:

- 1) atender às necessidades da vítima;
- 2) prevenir a reincidência através da integração do agressor na comunidade;
- 3) habilitar os autores a assumir a responsabilidade pelas suas acções;
- 4) recriar condições para que as comunidades possam apoiar as vítimas, reabilitar os agressores, prevenindo crimes futuros, e;
- 5) evitar a escalada dos mecanismos processuais penais, e, assim, os seus custos e demoras.

No geral, o modelo *restaurativo* desenvolvido no Reino Unido abarca crimes de qualquer natureza, até os mais graves. A vítima é que determinará as possibilidades de reparação e perdão. E toda a comunidade, partes envolvidas, estarão comprometidas com o resultado obtido (193).

Assim, o modelo *restaurativo* aplicado no Reino Unido visa não somente a reparação material, mas intenta reparar os relacionamentos e a confiança que foram

---

(192) “*Compensation order*” segundo os artigos 130º a 134º do Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act.

(193) No prefácio do “*Restorative Justice: the governments strategy*”, o governo britânico cita a frase de um agressor a respeito da sua experiência numa conferência restaurativa em que revela a importância do modelo para as partes: “*A principal lição que eu aprendi sobre eu mesmo foi que o meu crime afectou todos os envolvidos – ele veio a ser mais do que 10 crimes, porque todas as pessoas foram afectadas*” (UNITED KINGDOM. Criminal Justice System. Restorative Justice: the governments strategy. London: Criminal Justice System, 2003. Disponível em: < <http://www.homeoffice.gov.uk/documents/rj-strategy-consult.pdf?view=Binary>>. Acedido em 11.09.2010).



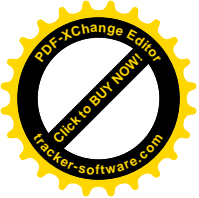
rompidos com o crime, o que naturalmente pode igualmente ser alcançado quando o sujeito passivo for o Estado (e o crime tipificado como fraude).

Em jeito de conclusão, diremos então que a *mediação penal* pode ser exercida em várias fases do processo: pode situar-se ao nível da instauração ou não de um processo penal a fim de evitar uma condenação (Áustria, Bélgica, Alemanha e França), pode fazer parte da sentença (como por exemplo, na Alemanha e no Reino Unido) ou surgir unicamente na fase de execução da pena (como por exemplo na Bélgica).

Sendo certo que a *supra* referida *mediação* em processo penal desenrola-se, de uma forma geral, do seguinte modo: o serviço de *mediação* de uma associação ou o mediador, requisitados pelo Procurador, convoca por escrito as partes em litígio; recebe as partes em causa, separada ou conjuntamente, explica-lhes os objectivos da *mediação*, obtém, sempre que o Ministério Público não o tiver feito, o respectivo acordo sobre o princípio de participação na *mediação*; organiza o encontro de *mediação* que consiste em reunir todas as partes a fim de estabelecer ou de restabelecer laços, um diálogo e encontrar soluções para o litígio; formaliza por escrito os termos de um eventual acordo; informa por escrito o Procurador dos resultados da *mediação*, após ter seguido, em função do necessário, a evolução do processo durante o período fixado pelo Procurador. O magistrado do Ministério Público verifica a execução das condições (reparação, reembolso) do arquivamento. Toma a decisão judicial de arquivamento ou de instauração de uma acção penal junto do tribunal competente. No caso de, após a *mediação*, o procurador arquivar o processo, o queixoso será informado do facto.

## C

### PROPOSTA DE NORMAS DE BOAS PRÁTICAS PROCEDIMENTAIS E DE REVISÃO LEGISLATIVA MÍNIMA



É então chegado o momento de, numa primeira vertente, ensaiar uma proposta de normas que constituam “boas práticas procedimentais” para o conjunto das instituições jurídicas e judiciárias que intervêm quando ocorre a prática de um ilícito penal no que à reacção criminal *latu sensu* diz respeito, o que no quadro de realização de uma “justiça reparadora” incontornável na actualidade, cuidamos ter deixado fundamentado e explicitado passar, por uma resposta diversificada, a saber, uma “solução reparatória” o mais abrangente e actuando ao longo das sucessivas fases processuais para certa categoria de crimes, enquanto noutra categoria essa “solução reparatória” será uma intervenção pouco mais que residual.

Uma proposta que não poderá deixar de ter presentes os postulados que ao nível da segurança do Estado, quer *a se* e enquanto tal, quer da comunidade no seu todo (a quem por aquele compete a respectiva salvaguarda em primeira linha) se afiguram hoje como imprescindíveis para todos.

Proposta essa que sempre terá de procurar ser compatível com os princípios vigentes em matéria processual penal consagrados na Constituição da República Portuguesa e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nomeadamente com a legalidade, presunção de inocência, direito ao defensor, a publicidade do processo, proporcionalidade, adequação, jurisdição e recurso, entre outros.

Para numa segunda vertente – quiçá necessariamente paralela! – ter que contemplar os aspectos de revisão/adequação legislativa que nesse contexto estarão co-envolvidos – quer ao nível do vigente Código de Processo Penal em geral, quer ao nível do instituído processo de mediação penal de adultos em particular – e sem os quais nada mais fará sentido ou será defensável...

Assim sendo, nessa tarefa consideramos ser curial seguir a sistemática que anteriormente expusemos respeitante ao papel dos diferentes “operadores judiciários”.

Vejamos então:

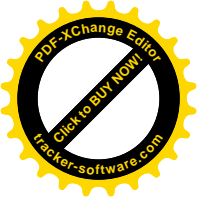
## Juiz

Tendo presente que historicamente e até por definição as práticas de “justiça restaurativa” surgem como alternativa à justiça penal tradicional (194), senão mesmo

---

(194) Note-se que em relação à *mediação penal*, a já anteriormente citada Recomendação R (99)19 do Conselho da Europa de 15 de Setembro de 1999, apontava para que os serviços de mediação deviam ser





pretendendo substituí-la, o papel que resta e pode ser atribuído ao *juiz* se perspectivaria liminarmente como muito residual.

Tenha-se desde logo em conta que o *juiz* está completamente afastado de qualquer possibilidade de intervenção na instituída mediação penal de adultos face à Lei nº 21/2007 de 12 de Junho, restando-lhe o papel de *conciliador* informal que muitas vezes no quotidiano já exerce (em relação aos crimes particulares e semi-públicos), mas sem que o legislador tal tenha curado de disciplinar.

Simplesmente, do nosso ponto de vista, desde que recolocada a questão de tais práticas face ao conceito mais amplo de “justiça reparadora”, em que a decisão do recurso às ditas práticas com relevância e significado jurídico, em último termo sempre terá que competir e ser determinada por uma autoridade judiciária, a quem igualmente virá a ser atribuída a função de homologação do acordo/solução reparatória que seja alcançado e bem assim a sua fiscalização (sendo disso caso), o que tudo pode e deve ter lugar ao longo de todo o processo (195), cremos que se consegue descortinar um campo de actuação até com alguma amplitude.

Sobretudo num sistema a adoptar numa reforma do actual sistema de administração de justiça que se advoga como mais dogmaticamente fundamentado no presente quadro normativo e linha de evolução da política criminal, em que a racionalização de custos e recursos não pode ser descurada!

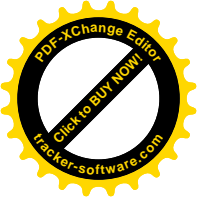
Nesta ordem de considerações, deve em relação aos *juízes* – até para legitimar a sua actuação com a cobertura legal de que no presente não dispõem (196) – pugnar-se pela

---

implementados de forma a beneficiar de autonomia dentro do quadro de justiça penal, não nos parecendo que por aí seja de questionar tal opção.

(195) Atente-se que se encontra expressamente determinando que a mediação deve ser usada em todas as fases do processo penal pela citada Recomendação R (99)19 do Conselho da Europa de 15 de Setembro de 1999; neste particular, de referir a solução adoptada no recente regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, constante da Lei nº 112/2009, de 16 de Setembro, que concebendo-a como crime “público” (que tem uma dimensão essencialmente privada), criou a possibilidade de um “encontro restaurativo” durante a suspensão provisória do processo ou durante o cumprimento da pena (em termos a regulamentar), o que no quadro do nosso ordenamento jurídico (Lei nº 21/2007 de 12 de Junho) em que não se aceita a mediação penal como forma de “diversão processual” para a violência doméstica, constitui uma singular “espécie” de mediação pós-sentencial ou pós-suspensão provisória do processo [problematizando com alguma profundidade a questão e criticando a impossibilidade no dito regime de uma vítima de violência doméstica que deseje a mediação penal – e que não queira que o seu agressor seja julgado e condenado a uma pena – requeira a participação nessa mediação penal como forma de evitar esse julgamento, veja-se SANTOS (2010: 67-79)].

(196) Em reforço desta linha de raciocínio, atente-se que quando no início da audiência de julgamento uma conciliação não resulta imediatamente mas esteja em condições de ser alcançada a breve trecho, só se encontra no actual art. 328º, nº3, al.c) do C.P.Penal uma demasiado incompleta e ténue possibilidade de



consagração legal de uma *conciliação* “obrigatória” ao nível dos crimes particulares e semi-públicos em sede de julgamento, o qual por ela sempre se devia iniciar, prevendo-se outrossim que tal diligência de conciliação pudesse ser possível em sede de instrução (perante o juiz de instrução criminal) e mesmo em sede de inquérito, onde consubstanciaria o dever de apreciação expressa da situação quanto à oportunidade e adequação de uma via “divertida”, que a ser de sinal positivo, determinaria a convocação formal da vítima e do suspeito para uma sessão informal de *conciliação*, a qual sendo liminarmente conseguida e implicando a aplicação de injunções ao suspeito, deveria ser submetida ao juiz de instrução para homologação, sendo que, caso esse resultado não fosse imediato mas se vislumbresse a utilidade ou necessidade de um investimento mais “sistemático” nessa via, teria ainda e então lugar a remessa para a “mediação” (sem prejuízo de naturalmente restrito à panóplia de crimes particulares e semi-públicos em que na instituída mediação penal de adultos tal é admitido!).

E no âmbito da *mediação penal* de adultos reivindicar que a mesma também se alargasse às pessoas colectivas que sejam suspeitas de um ilícito criminal, pois que se situações de pluralidade de agentes (ao nível da comparticipação criminal) já por natureza colocam dificuldades de “gestão” sobre a viabilidade e condições de funcionamento da *mediação* (197), cremos que a necessidade nesse aspecto é premente, não só para ultrapassar as ditas dificuldades, mas por ser efectivamente curial e de ampla aplicação na área do Direito penal tributário (paradigmático do Direito penal secundário) que é aquela sobre a qual incide particularmente a nossa atenção (198).

\*

## Orgãos de polícia criminal

---

contornar o princípio da continuidade da audiência, ao permitir excepcionalmente o adiamento da audiência se “*surgir qualquer questão prejudicial prévia ou incidental, cuja resolução seja essencial para a boa decisão da causa e que torne altamente inconveniente a continuação da audiência.*”

(197) sobre a questão veja-se SANTOS (2006: 103-104).

(198) Sendo certo que a dificuldade conceptual de apenas estar prevista uma mediação penal “cara-a-cara” na nossa instituída mediação penal de adultos poderia ser facilmente ultrapassada com uma ligeira correcção nos normativos da lei nº 21/2007 de 12 de Julho onde se fala de “arguido”, de forma a prever-se a possibilidade de também intervir o “representante” do mesmo, sobretudo na medida em que se menos virtualidades existem efectivamente na mediação “indirecta”, algumas vantagens não deixam de se lhe reconhecer, sobretudo ao nível da maior objectividade e menor emotividade em tal tipo de diligência [também apontando neste sentido, ALMEIDA (2004: 43)].



Os conflitos de interesses são próprios da natureza humana e os mecanismos formais não suportam tais demandas com a brevidade necessária à dissipação dos espaços de litigiosidade, pelo que, neste contexto, a proposta será a de se criar mecanismos alternativos de mediação extrajudicial, sempre que tal seja possível e dogmaticamente fundamentado.

Na verdade, num momento de transformação política e social, em que se tem a compreensão da sociedade como um ambiente conflitivo, no qual os problemas da violência e da criminalidade são complexos, os órgãos de polícia criminal passam a ser demandados para garantir não mais uma ordem pública determinada, mas sim os direitos dos cidadãos, como está estatuído na Constituição da República Portuguesa (199). Nesse novo contexto, a ordem pública passa a ser definida também na acção concreta do quotidiano, exigindo-se uma actuação estatal mediadora dos conflitos e interesses difusos e, muitas vezes, confusos. Por isso, a democracia exige justamente uma função policial protectora dos direitos dos cidadãos num ambiente conflitivo.

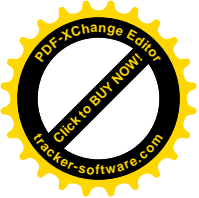
O bom profissional de polícia deverá agir dentro das balizas definidas na lei, alinhado com o propósito firme de ser um agente defensor da dignidade da pessoa humana. O bom policial é justamente aquele que defende a sociedade por meio da protecção dos seus indivíduos, e isso implica obrigatoriamente perspectivar o cidadão, mesmo que infractor, como detentor de direitos e garantias fundamentais, inerentes à sua condição de pessoa humana. Isso exige não uma garantia da ordem pública, como na polícia tradicional, sustentada somente nas acções repressivas, pelas quais o acto consistia em reprimir para resolver o problema. O campo de garantia de direitos exige uma acção mais preventiva, porque não tem um aspecto determinado e certo para resolver.

Bem se compreende então que entre nós o Ministério da Administração Interna tenha vindo a levar a cabo uma acção de sensibilização da polícia para, nas esquadras, apoiar e informar as vítimas dos seus direitos (200).

---

(199) cf. art. 272º, nº1 da mesma.

(200) cf. nota 148 do já anteriormente citado Relatório do Observatório Permanente da Justiça – Centro de Estudos Sociais denominado “Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)”, a pags. 190-191, disponível para consulta em [www.opj.ces.uc.pt](http://www.opj.ces.uc.pt), e, aliás, se encontra ilustrado no site <http://www.psp.pt/Pages/apspaconselha/vitimasdecrime.aspx?menu=3>, acedido em 1 de Fevereiro de 2011.



Será então da concreta gestão e articulação dos direitos de uns e outros (vítimas e agressores) que se deve fazer a actuação policial.

E embora se reconheça que os órgãos de polícia criminal não têm formação específica na área de “mediação de conflitos”, uma actuação com “rosto humano” na gestão dos conflitos mais do que desejável será imprescindível.

A tudo acrescerá ainda uma inestimável função de apoio e vigilância no cumprimento da satisfação/reparação acordada ou determinada.

Diremos então que muito há e haverá a ganhar com uma melhor formação dos polícias, já que quer da maior informação aos cidadãos conflituantes que for prestada, quer da melhor sensibilização por aqueles para os problemas destes, resultarão seguramente ganhos globais para o sistema de administração de justiça no seu todo: sem prejuízo de casos haver em que pela sua “insignificância” até será de prescindir por igual da reparação e da pena, nos demais, a “solução reparatória” numa fase anterior à instauração do processo judicial – desde que respeitados alguns limites e sem atropelos frontais da legalidade – constitui seguramente uma via de melhor atender aos interesses da vítima (reparação civil), da comunidade (menos custo), do infractor (favorecendo a sua ressocialização) e da própria Justiça (agilização).

\*

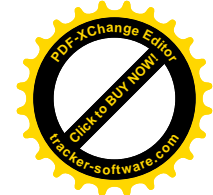
## Ministério Público

Retomando a anterior distinção entre “diversão simples”, “diversão encoberta” e “diversão com intervenção”, em todas elas é justo reconhecer a possibilidade de actuação em prol da realização de uma “solução reparatória” para um conflito de cariz penal que já se encontra atribuída ou de que dispõe o Ministério Público, particularmente através das concessões ao princípio da oportunidade que se encontram consagradas, mormente do arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280º do C.P.Penal) e da suspensão provisória do processo (art. 281º do C.P.Penal).

Contudo, os resultados alcançados referentes a esses mecanismos continuam a ser modestos (201), o que, aliado à actual concepção do direito penal e dos fins das penas – não

---

(201) Dá-nos conta disso o trabalho efectuado pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa intitulado “*As reformas processuais e a criminalidade na década de 90. As formas especiais do processo e a suspensão provisória do processo: problemas e bloqueios*”, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2002, no qual a pags. 111 e segs. se refere que as causas do bloqueio existente, sendo variadas – legais, organizacionais e culturais



está em causa uma “justiça absoluta”, que trata de perseguir todos os crimes e de punir todos os criminosos e, portanto, uma concepção estrita de legalidade, mas uma mera tutela de última ratio, subsidiária e fragmentária de determinados bens jurídicos, orientada para fins eminentemente preventivos e para a ressocialização do delinquente (art. 40º, nº1 do C.Penal), de modo a manter a criminalidade em níveis ainda socialmente aceitáveis – a renúncia à punição oficial, em certos casos, ainda pode incluir-se no programa de defesa de bens jurídicos tutelados e de ressocialização dos delinquentes.

Dito de outro modo, a renúncia pontual à punição consubstancia então o próprio programa político-criminal vigente, no qual, obviamente, o Ministério Público, enquanto porta-voz do poder punitivo estadual e executor da política criminal prosseguida pelo poder legislativo, tem que continuar a desempenhar um papel fundamental.

Deste ponto de vista, se se encontra inscrito no próprio programa político do Governo em funções o objectivo de dinamizar a resolução alternativa de litígios, destacando-se a *mediação* e a *arbitragem*, e designadamente com o seu alargamento aos conflitos em matéria fiscal, da magistratura do Ministério Público é legítimo esperar mais do que uma atitude expectante, senão indiferente.

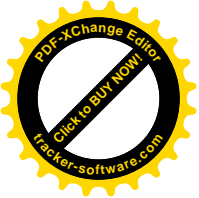
Antes pelo Ministério Público, individual e colectivamente, deve ser abraçada uma actuação empenhada e comprometida com o objectivo dessas realizações, quer ao nível da actuação diária no exercício de funções por quem em concreto e territorialmente tem a competência e titularidade processual, quer da própria hierarquia, através de directivas e instruções genéricas (202) no sentido de uma mais ampla, convicta e decidida adopção de práticas concretizadoras desse mesmo desiderato, relativamente aos ilícitos em que tal lhe é permitido fazer.

E mesmo no seio da instituída *mediação penal* de adultos, se é relevante o papel que se encontra atribuído ao Ministério Público, tendo em consideração as que foram então

---

– não têm a ver com a *ratio essendi* daquelas medidas, porque essas, a serem devidamente aplicadas, seriam seguramente muito interessantes. Por outro lado, logrou-se obter dados mais recentes, ainda que apenas relativos ao distrito de Coimbra, junto da Procuradoria Geral Distrital de Coimbra do Ministério Público, fornecidos pelo seu Exmo. Secretário Dr. Luís Passeiro, referentes à utilização do mecanismo da Suspensão provisória do processo (art. 281º do C.P.Penal), que atestam a seguinte pequena evolução neste particular: no ano de **2006**, num universo total de 72.994 inquéritos findos, 536 foram pelo dito mecanismo; no ano de **2007**, num universo total de 70.246 inquéritos findos, 648 foram pelo dito mecanismo; no ano de **2008**, num universo total de 71.012 inquéritos findos, 857 foram pelo dito mecanismo; no ano de **2009**, num universo total de 82.446 inquéritos findos, 1328 foram pelo dito mecanismo e no ano de **2010**, num universo total de 82.468 inquéritos findos, 1998 foram pelo dito mecanismo.

(202) cf. arts. 11º, 12º e 14º da Lei nº 51/2007 de 31 de Agosto (Orientações de Política Criminal).



as críticas designadamente elaboradas pelo Conselho Superior de Magistratura (203), Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (204), Gabinete de Estudos da Ordem dos Advogados (205) e até do Conselho dos Julgados de Paz (206), e os resultados ao que tudo indica menos entusiasmantes que a mesma vem registando e de que demos nota *supra* (207), cremos que, sem prejuízo de considerarmos que só com a implementação de alguns ajustamentos/reformas no respectivo regime legal (que de forma sistematizada e concretizada será aludida no final), o âmbito da sua aplicação e nível de resultados, atingirão seguramente um patamar e registo mais consentâneos com as suas verdadeiras virtualidades e mesmo necessários no actual estado da administração da justiça, ainda assim, *mutatis mutandis*, pode neste domínio dar-se por reproduzido o que *supra* se aduziu quanto ao maior empenhamento individual e coordenação por parte do Ministério Público.

\*

## Advogados

Seja no papel de defensor do arguido ou patrono da vítima, o advogado é indiscutivelmente o elo de ligação entre o cidadão e o sistema tradicional de justiça, embora agindo sempre enquadrado pela lei e pelo seu estatuto deontológico, seguramente sempre pautará o seu comportamento pela incessante busca dos legítimos interesses do seu constituinte, sendo certo que é por estar universalmente reconhecido (208) o direito à representação da parte ou do sujeito processual por um profissional do foro (quer seja ele advogado, advogado estagiário ou solicitador) na “administração da justiça”, que é hoje inimaginável o processo sem a assistência de um profissional do foro. Ora é precisamente por assim ser que, o maior alcance e dimensão que se pretenda ou venha a ser alcançado

---

(203) Consultável no sítio [www.csm.org.pt](http://www.csm.org.pt).

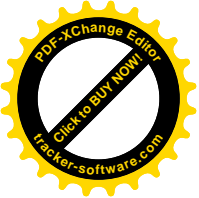
(204) Consultável no sítio [www.smmp.pt](http://www.smmp.pt).

(205) Consultável no sítio [www.oa.pt](http://www.oa.pt).

(206) Consultável no sítio [www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt](http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt).

(207) cf. Cap. IV, item C.

(208) arts. 10º e 11º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (de 10 de Dezembro de 1948), art. 6º, nºs 1 e 3, al.c) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (de 4 de Novembro de 1950) e art. 32º, nºs 3 e 7 da C. R. Portuguesa (na sua actual redacção).



em termos de concretização da “justiça reparadora” será directamente proporcional ao grau de motivação ou empenhamento que o advogado tenha por uma solução nessa mesma linha e enquanto interveniente na administração da justiça penal;

Do mesmo passo, se o advogado na prática é um dos principais crivos dos conflitos, muitas vezes actuando informalmente como “mediador”, “conciliador” e “árbitro”, deve o próprio saber assumir esse papel que indiscutivelmente simboliza de primeira instância de resolução de conflitos (através de acordo e de negociação entre as partes), não se sentindo ameaçado pela explosão das novas profissões jurídicas que ocorre nestes últimos anos (pense-se nos juízes de paz, mediadores, assistentes sociais, técnicos de reinserção social e solicitadores de execução), mantendo o seu estatuto e espaço reservado – junto dos Tribunais e demais instâncias formais de controlo – ao relacionamento histórico e privilegiado do advogado enquanto conselheiro e protector do cidadão comum, e ampliando-o agora às instâncias informais de controlo.

Advogado que deve ter como princípio de acção e postulado de actuação o de que a opção ou manutenção de um “assunto” na barra do Tribunal, se revela uma opção dispendiosa em termos pecuniários e temporais, devendo ser a última após a tentativa de resolução graciosa do caso que lhe é apresentado ou em que está envolvido.

Donde, sob um ponto de vista de política criminal, neste particular o que de mais pertinente se vislumbra será, considerando que é praticamente irrestrito o direito de representação e patrocínio judiciário pelo advogado, operar a *máxima sensibilização* do mesmo para as virtualidades da “justiça reparadora”, no sentido de que por parte do mesmo venha a alcançar-se o mais lato empenhamento na mesma, em qualquer das etapas ou fases em que intervenha com cidadãos conflituantes no domínio criminal, assim logrando evoluir e acompanhar os novos tempos, sem temor, sabendo interligar-se com as novas profissões e cruzando com elas experiências, aprendizagens e competências, sendo disso caso.

Enfim, de actor com funções secundárias (ainda que por vontade própria, ou por obrigação auto-imposta!), a um agente principal.

\*

## Serviços de reinserção social

Na medida em que o nosso sistema se encontra concebido de forma a que a intervenção dos técnicos de reinserção social ao longo do processo e até à fase pré-





sentencial seja basicamente de consultadoria e assessoria técnica aos tribunais (aqui se incluindo o apoio e vigilância do cumprimento de injunções e regras de conduta – v.g., art. 281º, nº4 do C.P.Penal), naturalmente que o papel que se encontra adequado para estes ao nível de envolvimento activo na realização dos objectivos da “Justiça Reparadora”, e que sem revoluções estruturais e de paradigma se propõe como defensável, será afinal agora o de aprofundamento até onde for possível da intervenção na fase pós-sentencial, o que curamos ser possível alcançar por uma dupla via, aliás directamente correspondente a dois dos possíveis procedimentos neste domínio: um primeiro, em termos de mediação vítima  $\leftrightarrow$  agressor, isto é, como consequência do alargamento da instituída mediação penal de adultos à fase pós-sentencial, instituir a possibilidade de ter lugar uma diligência de reparação de danos, enquanto potenciadora da aproximação do recluso à vítima e da atenuação dos sentimentos de vingança que porventura subsistam, sendo aí a específica função dos técnicos de reinserção social a de assistir os mediadores, constituindo ajuda terapêutica no processo de recuperação, ou ainda apoio e vigilância no cumprimento da satisfação/reparação acordada; um segundo, pela via dos programas de assistência ao ex-agressor, aprofundando à luz desta sensibilidade a intervenção na fase da execução das penas privativas de liberdade, nomeadamente ao nível da preparação do recluso para a liberdade condicional ou no acompanhamento da mesma, seja tal imposto pela existência de um “PRS” (209) ou não, aqui se englobando o uso do conjunto de “técnicas” previstas no “produto” “O meu Guia para Liberdade” (no seu todo ou individualmente), ou outros “produtos” com idêntico sentido e objecto.

\*

#### Aspectos de revisão/adequação legislativa:

- consagração legal de uma conciliação “obrigatória” ao nível dos crimes particulares e semi-públicos em sede de julgamento, o qual por ela sempre se devia iniciar, prevendo-se o período temporal não superior a 30 dias em que tal se poderia desenvolver, e constituindo como tal uma causa expressa de adiamento da audiência, sem prejuízo do aproveitamento,

---

(209) consabidamente o “Plano de Reinserção Social” (“PRS”) ou “Plano Individual de Readaptação” (“PIR”) é o instrumento legal previsto nos arts. 53º, nº 2 e 54º do C.Penal ao abrigo do qual os técnicos de reinserção social privilegiadamente estruturam e balizam o seu trabalho neste campo.





sempre que possível, da segunda data da audiência para a realização de actos processuais com o objectivo da conciliação (arts. 312º, nº2 e 328º do C.P.Penal);

- previsão da possibilidade de tal diligência de conciliação em sede de instrução (perante o juiz de instrução criminal), a ter lugar no debate instrutório, como objectivo incidental do mesmo (arts. 298º e 302º do C.P.Penal);

- estatuição como dever para o Ministério Público de, até ao encerramento do inquérito (de forma paralela ao estabelecido nos arts. 280º e 281º do C.P.Penal), em despacho fundamentado, proceder à apreciação expressa da situação quanto à oportunidade e adequação de uma via “divertida”, que a ser de sinal positivo, determinaria a convocação formal da vítima e do suspeito para uma sessão informal de conciliação, a qual sendo liminarmente conseguida e implicando a aplicação de injunções ao suspeito, deveria ser submetida ao juiz de instrução para homologação (Capítulo III, do Título II, do Livro VI e art. 268º do C.P.Penal);

- previsão da admissibilidade de nesse segundo despacho, sendo disso caso e por necessidade, ter lugar a remessa do processo para “mediação” (Capítulo III, do Título II, do Livro VI do C.P.Penal);

- alargamento no campo da instituída mediação penal de adultos do respectivo âmbito de aplicação, permitindo que a mesma também se aplicasse às pessoas colectivas que sejam suspeitas de um ilícito criminal, mais se estabelecendo que as mesmas seriam representadas no processo pelo respectivo representante legal (arts. 2º, 4º e 8º da Lei nº 21/2007 de 12 de Junho);

- atribuição ao juiz de instrução criminal da função de homologação do “acordo” obtido em processo de “mediação” sempre que nele estiver em causa a aplicação de uma medida que coarcte os direitos fundamentais e as garantias individuais do arguido (arts. 5º, nºs 5 a 8 e 6º da Lei nº 21/2007 de 12 de Junho);

- previsão da possibilidade de recurso à instituída “mediação” ao longo de todo o processo penal, atribuindo tal decisão nas diferentes fases à autoridade judiciária que for na mesma competente (no Inquérito pelo Ministério Público, na Instrução pelo juiz de instrução e no Julgamento pelo juiz), sem prejuízo da função de homologação do acordo dever processar-se nos termos antes explicitados, acordo cujo cumprimento gozaria do apoio e vigilância dos serviços de reinserção social ou órgãos de polícia criminal sempre que adequado e conveniente (arts. 3º, 5º, nºs 5 a 8 e 6º da Lei nº 21/2007 de 12 de Junho);



- alargamento das condições objectivas de punibilidade constantes das als. a) e b) do nº 4 do art. 105º do R.G.I.T. (aplicável igualmente ao ilícito típico do art. 107º do mesmo R.G.I.T.), designadamente prevendo um período temporal mais dilatado que tem que estar decorrido sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação (dita al.a)), e dilatando o prazo em que se valora positivamente o pagamento após notificação para o efeito (dita al.b));
- alargamento do mecanismo das condições objectivas de punibilidade aludido no item anterior aos ilícitos típicos da “fraude fiscal” e “fraude contra a segurança social” (arts. 103º e 106º do R.G.I.T., respectivamente).

## D

### CONCRETIZAÇÃO PRÁTICA NO ÂMBITO DA FRAUDE JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE

#### Considerando

- que nesta sede se vai basicamente proceder a um exercício no sentido de exemplificar uma maximização e potenciação das práticas e procedimentos face ao quadro normativo vigente;
- que sendo actualmente inquestionável a responsabilidade das pessoas colectivas para os casos em que tal se encontra expressamente previsto, a representação das mesmas neste âmbito deve competir ao respectivo representante legal;
- que quanto à criminalidade de “ínfima gravidade” (marcada tanto pela insignificância da culpa, como pela inexistência de interesse público na perseguição penal) é de se prescindir por igual da reparação e da pena;
- que o âmbito da “pequena criminalidade” (em que a dimensão original do desvalor do ilícito pode ser reduzida decisivamente por meio de actos compensatórios) poderia ser



eleito como o domínio por excelência de aplicação da reparação, e porventura intermediada por instâncias informais de controlo e até extra processo penal;

- que no caso da “criminalidade de média gravidade”, ocorrendo a reparação, sem prejuízo da necessidade de um veredicto de culpa, pode-se perspectivar no correspondente processo penal a aplicação da dispensa de pena;

- que finalmente, no âmbito da “criminalidade grave”, tendo em conta as necessidades de prevenção geral e especial, e na medida em que a reparação não se configura como apta a reconstituir novamente a paz jurídica, embora sem postergar os seus efeitos atenuantes da pena, esta deve ser sempre aplicada;

- que uma intervenção ampla e empenhada dos advogados – ou em patrocínio da vítima ou em defesa do arguido – é não só pressuposto como condição *sine qua non* de tudo o que se segue;

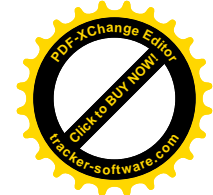
- que sendo o Estado a vítima/lesado nos crimes tributários que se vão considerar, deve intervir numa posição paritária e equiparada à de qualquer pessoa civil, singular ou colectiva,

revertendo ao elenco dos anteriormente eleitos crimes de fraude (jurídico-penalmente relevante), contidos uns no Código Penal e outros no Regime Geral das Infrações Tributárias – sendo que entendemos não ser de questionar aqui a dogmática existente quanto à natureza dos diversos ilícitos em causa e dosimetria das penas estabelecida em cada um deles – dizemos o seguinte:

- quanto aos casos em que é de concluir por uma falta de dignidade penal *ab initio* ou por via da “reparação” (v.g. art. 226º, nº 5 do C.Penal e 100º, nº 3 do R.G.I.T.), esta última pode ser incentivada pelos órgãos de polícia criminal numa fase até extra-processual, sendo que, se instaurado o processo, deve então haver um empenho activo por parte dos mesmos órgãos de polícia criminal e/ou Ministério Público (ainda que em diligências informais), no sentido de ter lugar a dita “reparação”, em ordem a que venha a ocorrer o arquivamento, quer pelo decretamento da isenção de pena, quer por se reconhecer ser caso de dispensa de pena, sem prejuízo da aplicação subsidiária do mecanismo da suspensão provisória do processo para os casos remanescentes, obviamente cumprindo todos os demais requisitos legalmente estabelecidos em cada caso, pois que não se justifica seguramente o procedimento criminal prolongar-se para fases ulteriores;



- quanto aos casos em que o procedimento criminal está dependente de acusação particular (art. 207º, “ex vi” dos arts. 217º, nº4, 224º, nº4, 225º, nº4, 231º, nº3, al.b) e 232º, nº2, todos do C.Penal) são situações em que igualmente é de se procurar uma composição privada por via de uma “reparação”, a ser intermediada por parte dos órgãos de polícia criminal e/ou Ministério Público (ainda que em diligências informais), em ordem a que o processo não se inicie ou, se instaurado, que cesse logo que possível, no limite pela suspensão provisória do processo ou em procedimento de mediação, observados os requisitos legais, sendo certo que não se vislumbra necessidade de qualquer veredicto de culpa em julgamento;
- quanto aos crimes semi-públicos (arts. 205º, nº1, 217º, nº1, 224º, nº1, 225º, nº1 e 226º, nº1, todos do C.Penal), na medida em que o respectivo procedimento criminal depende de queixa, são o campo por excelência da composição privada por via de uma “reparação”, a ser intermediada por parte dos órgãos de polícia criminal ou Ministério Público ou Juiz (no quadro de uma diligência de conciliação “informal”), em ordem a que o processo não se inicie ou, se instaurado, que cesse no inquérito, instrução ou julgamento, por via da homologação da correspondente desistência de queixa pelo órgão competente em cada fase para tal, podendo-se igualmente perspectivar uma suspensão provisória do processo condicionada a uma efectiva “reparação” ou a oportunidade de um procedimento de mediação para os casos em que tal se justifique em vista do acordo que contemple a “reparação”, sendo certo que na generalidade desses casos, por resultarem reduzidas as necessidades preventivas, não haverá necessidade de um efectivo julgamento nem de aplicação de pena; contudo, para os casos em que se realize o julgamento, será então e ainda a “reparação” valorada como atenuante especial da pena ou factor favorável à substituição da pena, nos termos gerais;
- quanto aos crimes cuja procedibilidade depende da vontade do ofendido (art. 205º, nº4, 217º, nº4, 218º, nºs 1, 2, als. a) e c) e 4, 225º, nºs 4, 5 e 6, 231º, nºs 1, 2 e 3, al.a) e 232º, nº2, tudo “ex vi” do art. 206º, nº1, todos do C.Penal), trata-se de conferir relevância à “restituição”/“reparação” do interesse do ofendido (melhor, *“restituição da coisa ilegitimamente apropriada ou reparação integral dos prejuízos causados”*), permitindo que por via de tal e mediante acordo daquele e do arguido, tenha lugar a cessação da responsabilidade criminal, o que consequentemente nos remete para o poder-dever de fomentar tal ocorrência,



naturalmente a ter lugar no quadro de uma diligência de conciliação “informal” em vista da “reparação”, a ser intermediada pelo Ministério Público ou Juiz, em ordem a que o processo, uma vez instaurado, possa cessar no inquérito, instrução ou julgamento (mais concretamente “até à publicação da sentença da 1ª instância”); a *ratio* desta situação é perfeitamente compreensível relativamente a crimes semi-públicos como são os em referência – o mesmo sucedendo relativamente à burla qualificada do art. 218º do C.Penal, e receptação e auxílio material dos arts. 231º e 232º do C.Penal, que são crimes públicos – por se tratar de crimes contra o património, em que o ofendido fica satisfeito com a reparação do dano que lhe foi causado ou a restituição da coisa sua, dando de bom grado a sua concordância à extinção da responsabilidade criminal, já que estando a reparação efectivamente feita, a condenação seria pouco mais do que um exercício retórico na maior parte dos casos, donde se aceitar a opção político-criminal no sentido de tal não ter lugar, o que desta forma foi viabilizado pelo legislador;

- quanto aos crimes públicos nos quais está estabelecida uma *condição de punibilidade* (arts. 105º e 107º do R.G.I.T.), mais concretamente pelo nº 4 do primeiro deles (a *causa de extinção de responsabilidade* prevista no nº 6 do mesmo foi entretanto revogada), configuram casos paradigmáticos em que uma “solução reparatória” está legalmente já prevista, a ser naturalmente promovida pelo Ministério Público, e com uma amplitude assinalável após a nova redacção que nesse particular foi conferida às duas alíneas desse nº 4, mas a nosso ver de aprofundar na medida em que sendo condições objectivas de punibilidade, figuram afinal como pressupostos materiais de punibilidade, sendo, em suma, conforme doutrina dominante, circunstâncias que se situam fora do tipo de ilícito e da culpa e de cuja presença depende a punibilidade do facto, ou seja, são um pressuposto para que o actuar antijurídico importe consequências penais, resultando de um sopesar em que a ponderação das finalidades extra penais tem prioridade em face da necessidade da pena;
- quanto aos demais crimes públicos (arts. 218º, 231º, nºs 1, 2 e 4 e 232º, nº1, tudo do C.Penal), sem embargo dessa natureza, à excepção do receptador “*profissional*” (cf. nº4 do art. 231º) não se considera serem os mesmos exemplos de “criminalidade grave”, donde ser de aceitar que, sendo disso caso e verificados todos os restantes pressupostos, designadamente condicionada à ocorrência de uma “reparação” (que



ora nos ocupa), tenha lugar uma suspensão provisória do processo, que pelo Ministério Público em inquérito (com a concordância do Juiz) e pelo Juiz de instrução criminal deve ser promovida sem hesitação; para as restantes situações em que venha efectivamente a ter lugar um julgamento e condenação, aí a “reparação” pode-se sempre constituir como um normal factor de atenuação da pena ou condição de substituição da mesma, caso em que a intervenção dos serviços de reinserção social poderia meritoriamente ser operada, designadamente ao nível do apoio e vigilância no cumprimento da satisfação/reparação decretada, acrescentando uma sempre possível intervenção na fase da execução das penas privativas de liberdade, nomeadamente ao nível da preparação do recluso para a liberdade condicional ou no acompanhamento da mesma, em que uma prévia “reparação” à vítima fosse encorajada e /ou valorada.

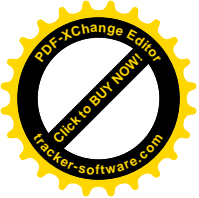


## VIII

### SÍNTESE CONCLUSIVA

Historiada que foi a evolução dogmática da reparação do dano – quer ao nível doutrinário, quer legislativo – com o objectivo de responder à questão de haver efectivo interesse numa solução do problema jurídico-penal que passe pela intensificação da reparação como modo de o solucionar de forma autónoma, a conclusão a que se chegou foi a de que, concretamente no que à realidade criminal portuguesa dizia respeito, estava-lhe na actualidade atribuído nos normativos penais um restrito papel (de “extinção da responsabilidade criminal” ou de “atenuação especial da pena” ou de “dispensa da pena”).

Resultava porém que a reparação do dano podia efectivamente revestir uma importante dimensão preventiva e sancionatória, vislumbrando-se igualmente vantagens numa possível integração da sanção indemnizatória no direito penal, mas não se encontrou justificação plena ou curial, quer sob o ponto de vista político-criminal, quer doutrinário, para que a mesma se configure como um novo fim da pena ou que se constitua como uma pena autónoma ao lado das já existentes (integrando o catálogo sancionatório do Direito Penal), antes e apenas que a assumir a mesma relevância como consequência jurídica autónoma do crime e como forma de colocar termo ao próprio processo penal, com o sentido de que pode substituir em alguns casos a aplicação de penas, tudo passava por maximizar uma “solução reparatória” no plano processual.



E bem assim que se tal conclusão era perfeitamente transponível em geral para os eleitos crimes de fraude (jurídico-penalmente relevante), encontrava dentro destes um campo de exercício paradigmático nos crimes tributários.

Nesta linha desde logo resultou claro que na verdade o que se tratava era decisivamente de uma nova forma e de um novo discurso de administrar a justiça, perante a apontada “falência” dos fundamentos do anterior sistema (englobado na corrente de “justiça criminal retributiva”) e as fraquezas do sistema judiciário que tem estado vigente, constituindo um novo paradigma da correspondente abordagem.

Paradigma esse que no palco das “novas formas de administração da justiça”, e em linha com o programa internacional de “diversão”, se traduzia pela possibilidade de validação da corrente da “justiça criminal restaurativa”, mas com a opção por um modelo restaurativo/jurisdicional/institucional (por contraposição a um modelo restaurativo extrajudicial), isto é, sustentou-se que se impunha dar prevalência a um diferente modelo processual-penal que ao nível das reacções criminais cuide da responsabilização do agente de um crime, modelo esse que teria de passar pela demanda de uma “solução reparatória” no processo judicial e pelo sistema judicial propriamente dito.

Daí se ter eleito a designação de “Justiça Reparadora” como o modelo que deve orientar as opções de política criminal no domínio legislativo e as práticas dos operadores judiciais.

Nesta linha, concluiu-se muito claramente que o que se estava a advogar não eram as correntes jurídicas do abolicionismo, pois que em frontal contraste com essa solução de impunidade, as preocupações securitárias tornavam a intervenção penal e processual imprescindível no momento actual, mesmo face aos novos desafios da globalização e da sociedade do risco, para a sobrevivência de qualquer Estado de Direito.

Enfim, que a justiça restaurativa, ao invés de uma forma de justiça alternativa, só poderia ser aceite como uma forma de solução paralela, que deve conviver com a justiça tradicional, complementar desta e só residualmente a dispensar a intervenção formal da mesma.

Aliás, fazendo-se a avaliação a esta data, do panorama em Portugal ao nível das técnicas de RAL (resolução alternativa de litígios), constatava-se que se a mediação penal era a forma mais corrente (em sintonia com o que se passa na Europa continental), de efectuar a justiça restaurativa, também o modelo instituído nesse particular era um modelo





público, tutelado pelo Ministério Público (sem embargo da autonomia procedimental do processo de mediação propriamente dito).

Depois de recentrada a questão das técnicas de RAL sob este prisma, não deixou de se reconhecer o primado jus-filosófico, do ponto de vista dos valores e princípios, da “solução reparatória”, mas sempre subsistia que no actual panorama português, os resultados ao nível da realização da “justiça reparadora” eram pouco significativos, senão mesmo decepcionantes.

Mas que já tendo em vista uma expansão do seu âmbito de aplicação e modo de implementação por forma mais exuberante, obviamente que importava ter em consideração a sua necessária co-relação e harmonização com o sistema de justiça vigente, relativamente ao qual não se tratava de fazer uma revolução copernicana.

Concluiu-se assim, que tudo passava por uma resposta “diferenciada”, em função de se estar perante uma “ínfima”, “pequena”, “média” ou “grave” criminalidade, particularmente com o sentido de que, quanto aos enquadráveis nesta última, uma “solução reparatória” se encontrava quase irreversivelmente arredada.

Na concretização da qual haveria que potenciar o sistema vigente, designadamente ao nível das práticas e procedimentos dos operadores judiciais, sem prejuízo do reconhecimento que tal será uma tarefa sisífia se não houver revisão/adequação legislativa, designadamente aprofundando o âmbito e objecto em que tal é possível, e bem assim o campo de intervenção dos sujeitos activos que operam no sistema.

Igualmente se entendeu não ser de questionar a função do direito penal de protecção subsidiária de bens jurídicos, tudo consistindo em promover o *quid* que a “reparação” pode representar no nosso actual sistema jurídico-penal nessa mesma tarefa da realização da prevalecente finalidade da prevenção geral positiva de integração

Entendeu-se enfim que era de continuar a ser sustentada a administração pública da justiça, sendo que com o objectivo de implementar uma “solução reparatória” o mais ampla possível, no actual panorama criminal português, com realismo e pragmatismo, mas também de forma consistente e segura, tal teria que ser prosseguido por um sistema público, regulado pelo Estado, e administrado sob tutela das Magistraturas, sem embargo dos aspectos de revisão/adequação legislativa que se propuseram.



## IX

### RESUMO

Procurou-se através da presente investigação, enquadrada no estudo da criminologia actual e das duas correntes principais que guiam a ciência do direito penal, a saber, a justiça criminal retributiva e a justiça criminal restaurativa, fazer o ponto da situação sobre o actual estado das práticas dos operadores judiciais no sistema português, com referência ao palco das ditas “novas formas de realização da justiça” – em que se engloba precisamente aquela segunda corrente, que se optou por designar como “justiça reparadora” – com particular enfoque nos crimes de fraude (jurídico-penalmente relevante), tudo para equacionar a relevância e possibilidade da reparação como solução do problema penal, isto é, como substitutiva (ou alternativa) da clássica reacção criminal que é a pena, nesse domínio jurídico.

Para tal, começou por se fazer uma abordagem dogmática sobre a natureza da reparação do dano, sua evolução histórica no direito criminal português até ao actual regime do Código Penal (que traduz o abandono da reparação como efeito penal da condenação), procurando identificar os contornos e limites do sistema vigente, e designadamente se faz sentido a inserção da reparação no sistema penal.

A conclusão a que se chegou quanto a essa primeira interrogação foi a de que a reparação do dano pode efectivamente revestir uma importante dimensão preventiva e sancionatória, vislumbrando-se igualmente vantagens numa possível integração da sanção indemnizatória no direito penal, mas não se encontrou justificação plena ou curial, quer sob o ponto de vista político-criminal, quer doutrinário, para que a mesma se configure como um novo fim da pena ou que se constitua como uma pena autónoma ao lado das já



existentes (integrando o catálogo sancionatório do Direito Penal), antes e apenas que a assumir ela relevância como consequência jurídica autónoma do crime e como forma de colocar termo ao próprio processo penal, substituindo assim em alguns casos a aplicação de penas, tudo pode e deve ser operado a nível adjetivo.

Contudo, quando no percurso metodológico a valia dessa “solução reparatória” parecia axiomática, reconheceu-se que importava confrontar a circunstância de desde os anos 80 do séc. XX, ocorrer um incontornável e incontrolável aumento da criminalidade, (com as novas formas que assumiu), o que se, por um lado, postulava a religitimação da intervenção penal, pelo outro, surgia como justificação para o endurecimento das sanções, e, em geral, como explicação das políticas do “law and order”.

Neste quadro, a pugnar-se por um diferente modelo processual-penal reactivo de responsabilização do agente, há-de ele ser encontrado e justificado ao nível dos processos e instrumentos de práticas da “justiça restaurativa” que se reconheçam com maior virtualidade da sua realização, sem pôr em causa o Estado de Direito e a sua segurança, o que se entendeu não poder deixar de passar pela eleição de um modelo restaurativo/jurisdicional/institucional, por contraposição a um modelo restaurativo extrajudicial, isto é, sustentou-se que se impunha dar prevalência a um diferente modelo processual-penal que ao nível das reacções criminais cuide da responsabilização do agente de um crime, modelo esse que teria de passar pela demanda de uma “solução reparatória” no processo judicial e pelo sistema judicial propriamente dito, sem prejuízo da autonomia procedimental de que gozava por exemplo a instituída mediação penal de adultos.

Deste modo se acabou por concluir no sentido de que se face ao incontornável programa internacional da “diversão”, os meios de RAL em geral têm virtualidades, ocorre contudo que na medida em que não permitem uma resposta à totalidade dos ilícitos nem gozam ainda de um consenso alargado ao nível dos doutrinadores, tudo se conjuga para que os ditos meios de RAL, mais do que “em vez de”, funcionarão na verdade “em conjunto com” a intervenção penal tradicional, isto é, que não era seguramente o momento nem caso de advogar uma solução abolicionista como actual modelo de justiça.

Entendeu-se dever então continuar a ser sustentada a administração pública da justiça, sendo que com o objectivo de implementar uma “solução reparatória” o mais ampla possível, no actual panorama criminal português, tal teria que ser prosseguido por um sistema público, regulado pelo Estado, e administrado sob tutela das Magistraturas.

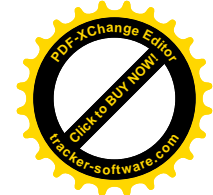


Depois de recentrada a questão das técnicas de RAL sob este prisma, não deixou de se reconhecer o primado jus-filosófico, do ponto de vista dos valores e princípios, da “solução reparatória”, mas sempre subsistia que no actual panorama português, os resultados ao nível da realização da “justiça reparadora” eram pouco significativos, senão mesmo decepcionantes.

Daí se ter finalizado por, tendo presente aquela que foi a mais completa concretização prática da introdução da reparação como consequência jurídica autónoma do crime (como uma “terceira via”, a par da pena e das medidas de segurança) – o germânico Projecto Alternativo de Reparação [*Alternativ – Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*] – sem esquecer as linhas de solução encontradas em algumas outras experiências europeias, mas sempre na perspectiva de contributos para o aperfeiçoamento do sistema judiciário português e das práticas dos seus operadores (Juiz, órgãos de polícia criminal, Ministério Público, Advogados, Serviços de Reinserção Social), propor um conjunto de boas práticas procedimentais de actuação para os mesmos, e referenciar um conjunto de aspectos de revisão/adequação legislativa mínima no domínio dos normativos processuais-penais que no essencial contendem com estas questões, na convicção de que, sem tal, uma alteração positiva do actual saldo ao nível da implementação da “justiça reparadora” não se logrará.

Num item final ainda se tratou de ensaiar uma exemplificação prática ao nível dos eleitos crimes de fraude (jurídico-penalmente relevante), contidos uns no Código Penal e outros no Regime Geral das Infracções Tributárias (e por se entender que este último era um campo paradigmático onde a reparação penal podia ser intensificada), reconhecendo ter aí que operar uma possível intervenção concorrencial das diferentes técnicas de RAL que se podem ou devem avocar, a saber, consoante se estivesse perante uma “ínfima”, “pequena”, “média” ou “grave” criminalidade, particularmente com o sentido de que, quanto aos enquadráveis nesta última, uma “solução reparatória” se encontrava quase irreversivelmente arredada.

**Palavras-chave:** “Justiça Reparadora”; Sistema restaurativo/jurisdicional/institucional; Normas de boas práticas procedimentais para os operadores judiciários no sistema português; Revisão legislativa



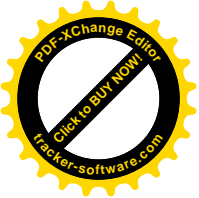
## IX

### ABSTRACT

Through this research, framed in the study of current criminology and the two main trends that guide the science of criminal law, namely, retributive criminal justice and restorative criminal justice, it was sought to determine the current situation of law operators' practices within the Portuguese system, referring to the stage of the so-called "new forms of administering justice"- which embodies precisely that second trend which is designated as "restorative justice"- with a particular focus on fraud-crimes (legally relevant), aiming to consider the relevance and possibility of redress as solution of the criminal problem, i.e., as a replacement (or alternative) of the classic criminal reaction that is punishment, in that legal field.

With this purpose, we started out by making a dogmatic approach on the nature of compensation for damage, its historical development in Portuguese criminal law till the current regime of the Penal Code (which translates the abandonment of the repair as criminal effect of conviction), trying to identify the contours and limits of the current system, especially whether it makes sense to insert the repair in the penal system.

Regarding the first question, it was concluded that the repair of the damage might actually take an important preventive and punitive dimension, and a possible integration of compensatory sanction in criminal law is also seen as advantageous. However a full or proper justification was not found, neither from a political and criminal point of view nor from a doctrinal one, so that it can configure itself as a new purpose of the sentence or as a separate sentence along with the ones already existing (integrating the catalog of criminal



law sanctions) but it can have the same relevance as a separate legal consequence of the crime and as a means of putting an end to the criminal process itself, thus replacing in some cases the application of penalties, all can and should be operated at the adjective level.

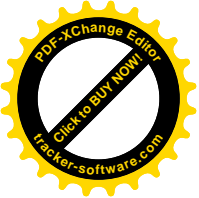
However, when during the methodological path the value of the "remedial solution" seemed axiomatic, it was recognized that it was important to confront the fact that since the 80's of the 20<sup>th</sup> century, there was an unavoidable and uncontrollable increases in crime (with the new forms it assumed), which if, on the one hand, posited a re-legitimation of criminal intervention on the other, it appeared to justify the tightening of sanctions, and in generally, as an explanation of the politics of "law and order".

In this context, striving for a different procedural-criminal model reactive of responsibility of the agent, this shall be found and justified in terms of processes and tools of "restorative justice" practices that are recognized as more effective without questioning the principle of the rule of law and its safety, which was demanded the election of a restorative / judicial / institutional model, as opposed to an extrajudicial restorative model. Thus, it was necessary to give preference to a different model which regarding criminal procedural-criminal reactions assures the responsibility of the perpetrator of a crime. With this model we would have to find a "remedial solution" in the judicial process and the judicial system itself, without prejudice of the procedural autonomy that adult mediation used to have.

Thus it was concluded that facing the inevitable international program of "diversion", the means of ADR generally have advantages, but do not allow a response to all the wrongdoings or even enjoy a broad consensus within scholars, all come together so that these means of ADR, rather than "instead of" actually work "together with" the traditional criminal action, i.e., that certainly was neither the moment nor the case to defend an abolitionist solution as current model of justice.

Thus, the choice fell upon the supporting the public administration of justice, and in order to implement a "remedial solution" to the greatest extent possible, in the current Portuguese criminal setting, this would have to be pursued by a public system, regulated by the state, and administered under the supervision of the Judiciary.

After refocused the issue of ADR techniques under this prism, the primacy of jus-philosophical was recognized, from a point of view of values and principles, of the "remedial solution" but the idea that within the current Portuguese context, the results of

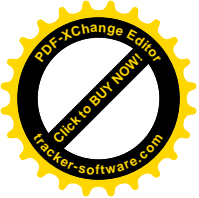


the implementation of "restorative justice" were not very significant and even disappointing, persisted.

Thus, having in mind the most complete practical achievement of the introduction of repair as the autonomous judicial consequence of the crime ( as a “third path”, along with the punishment and the security measures) – the German Repair Alternative Project [*Alternativ – Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*] – not forgetting the solutions found in some other European experiences, but always in the perspective of contributions for the improvement of the Portuguese judicial system and the practices of its operators (Judge, criminal police organs, Public Prosecution Office, Lawyers, Social Reintegration Services), we chose to propose a set of good procedural practices and consider a group of law revision/adequacy aspects which essentially deal with these issues, being aware that without it a positive change of the current state of the “repair justice” won’t be possible.

On a last item we still tried a practical example at the level of the elected fraud crimes (judicial-penalizing relevant), some included in the Penal Code and other in the General Law of Tributary Offenses ( and because this last one was a paradigmatic field where the penal repair could be intensified), recognizing we had to operate a possible competitive intervention of the different ADR techniques which can or should be advocated, namely depending on whether it was a “slight”, “minor”, “medium” or “major” crime, particularly having in mind that regarding the last ones, a “repair solution” was almost irreversibly out of question.

**Key-Words:** “Restorative justice”; Restorative / judicial / institutional system; Procedural standards of good practice for the judiciary operators in the Portuguese system; Legislative review

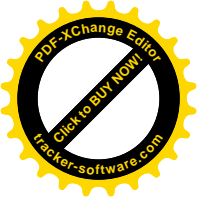


## XI

### BIBLIOGRAFIA

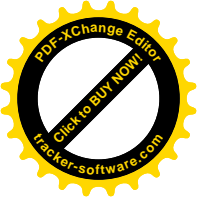
- AGRA, Cândido e CASTRO, Josefina, “*Mediação e Justiça Restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (RFDUP), Ano II, 2005.
- ALBINO, C., (2004). Portugal. In: D. Miers & J. Willemsens (Eds.), “*Mapping Restorative Justice – Developments in 25 European Countries*”. Leuven European Forum for victim-offender mediation and Restorative Justice.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, (2008), “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de, “*A Mediação perante os objectivos do Direito Penal*”. In: “*A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento jurídico Português*” (Colóquio realizado a 29 de Junho de 2004). Coimbra: Livraria Almedina, pp. 39-51.
- ANDRADE, Manuel da Costa, (1980), “*A Vítima e o problema Criminal*”, In: Separata do Suplemento XXI ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra.
- ANTERO, Luís, “*O sistema Tradicional de Justiça e a Mediação penal*”, In: “*A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento jurídico Português*”





(Colóquio realizado a 29 de Junho de 2004). Coimbra: Livraria Almedina, pp. 53-59.

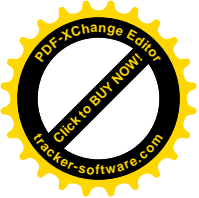
- ANTON, T.S. Vives, (2004), “*Compendio de Derecho Penal*”, Parte Especial, Valência: Tirant lo Blanch.
- BAUMANN, Jurgen *et all*, (1992), “*Alternativ-Eutwurfwiedergutmachung (AE-WGM)*”, Munchem: C.H.Beck.
- BECCARIA, Cesare, “*Dos delitos e das penas*”, tradução de José de Faria Costa, revista por Primola Vingiano, com ensaios introdutórios de José de Faria Costa e Giorgio Marinucci. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BENNET, J., (2006), “*Mediation in prisons – an exploration of the potencial of alternative conflict management*”, Prison Service Journal, 163, pp. 35-39.
- BRAITHWAITE, John, “*Restorative Justice and Responsive Regulation*”, Oxford University Press, 2002.
- CAEIRO, Pedro, “*Legalidade e Oportunidade: a perseguição penal entre o mito da «justiça absoluta» e o fetiche da «gestão eficiente» do sistema*”, In Revista do Ministério Público, Ano 21, nº84, 2000 (Outubro-Dezembro), pp. 31-47.
- CARVALHO, Américo Taipa de, (1999), “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*”. Coimbra: Coimbra Editora.
- CORREIA, Eduardo,  
(1971), “*Direito Criminal I*”, com a colaboração de Figueiredo Dias, reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina;  
(1971), “*Direito Criminal II*”, com a colaboração de Figueiredo Dias, reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina.
- CORREIA, João Conde,  
“*O papel do Ministério Público no regime legal da mediação penal*”, In Revista do Ministério Público, Ano 30, nº117, 2009 (Janeiro-Março), pp. 57-77;  
“*Concordância judicial à suspensão provisória do processo: equívocos que persistem*”, In Revista do Ministério Público, Ano 30, nº117, 2009 (Janeiro-Março), pp. 43-83.
- COSTA, António Manuel Almeida, (1999), “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*”. Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA, José de Faria,



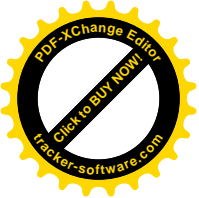
- (1985), “*Diversão (Desjudiciarização), e Mediação: que rumos?*”, In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXI. Coimbra;
- (1999), “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*”. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUNHA, José Manuel Damião da, (1999), “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*”. Coimbra: Coimbra Editora.
  - DIAS, Jorge de Figueiredo,  
(1966), “*Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em Processo Penal*”. In: “*Estudos «In Memoriam» do Prof. Doutor José Beleza dos Santos*”, número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, pp. 87-140;  
(1993), “*Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*”, Lisboa: Aequitas/Editorial Notícias;  
(1999), “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*”. Coimbra: Coimbra Editor;  
“O papel do Direito Penal na protecção das gerações futuras”, In: “*Estudos Rogério Soares*”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, LXXXV, 2002, pp.1-16;  
(2004), “*Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina Geral do Crime*”. Coimbra: Coimbra Editora.
  - DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa”, (1999), In “*O Crime de Fraude Fiscal no novo Direito Penal Tributário Português*”, DPPE, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora.
  - DOBÓN, Alastuey, “*La reparacion a la victima en el marco de las sanciones penales*”. Valência: Tirant lo Blanch, 2000, Anuario de Justicia de Menores (Espanha).
  - DUARTE; Caetano, “*Justiça Restaurativa*”, In Revista SUB JUDICE, nº 37, 2006 (Outubro-Dezembro), pp. 47-52.
  - EDGAR, K., (1999), “*Restorative Justice in prisons?*”, Prison Service Journal, 123.
  - ESER, Albin, (Março de 1998), “*Sobre la exaltacion del bien juridico a costa de la victima*”, traduccion de Cancio Meliá, Cuadernos de Conferencias y articulos, nº18, publicacion de la Universidad Externado de Colombia.
  - ESTEVES, Raúl, “*A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal*”, In Revista SUB JUDICE, nº 37, 2006 (Outubro-Dezembro), pp. 53-64.



- FARIA, Maria Paula Ribeiro de, (2003), “*A reparação punitiva – uma «terceira via» na efetivação da responsabilidade penal?*”, In Costa Andrade e outros, *Liber Discipulorum* para Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 259-291.
- FERNANDES, Paulo Silva, (2001), “*Globalização, «Sociedade de Risco» e o Futuro do Direito Penal*”. Coimbra: Livraria Almedina.
- FERREIRA, Francisco Amado, (2006), “*Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*”. Coimbra: Coimbra Editora.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, (1955), “*Curso de Processo Penal, P*”. Lisboa: Verbo.
- LEAL-HENRIQUES e SANTOS. Manuel Simas, (1987), “*Código Penal de 1982*”, vol. 4. Lisboa: Editora Rei dos Livros.
- HUNGRIA, Nelson, (1982), “*Comentários ao Código Penal*”, vol. VII, Editora Forense.
- LAUWAERT, Katrien, “*Quadro legal da mediação vítima-agressor na Europa Continental*”, Newsletter, DGAE, 2 (2003), pp. 12-80
- LEITE, André Lamas,  
“*A mediação penal de Adultos: Análise Crítica da Lei n° 21/2007, de 12 de Junho*”, In Maia Jurídica – Revista de Direito, Ano IV, nº2, 2006 (Julho-Dezembro), pp. 107-143;  
“*Justiça «prêt-à-porter»? Alternatividade ou complementaridade da mediação penal à luz das finalidades do sancionamento*”, In Revista do Ministério Público, Ano 30, nº117, 2009 (Janeiro-Março), pp. 85-126.
- MARSHALL, T., “*Restorative Justice: an overview*”. London: Home office, 1999.
- MONIZ, Helena Isabel Gonçalves, (2003), “*Aspectos do resultado no Direito Penal*”, In Costa Andrade e outros, *Liber Discipulorum* para Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 541-570.
- MONTE, Mário Ferreira, (2003), “*Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime*”, In Costa Andrade e outros, *Liber Discipulorum* para Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 129-155.
- OSÓRIO, Luís, (1932), “*Comentário ao Código de Processo Penal*”, volume primeiro. Coimbra: Coimbra Editora.

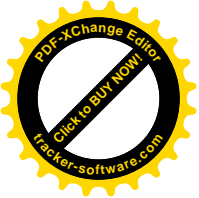


- PEDROSO, João, (Outubro de 2001), “*A construção de uma Justiça de proximidade: o caso dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo*”. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº60. Coimbra, Centro de Estudos Sociais, pp. 33-60.
- PEDROSO, João e CRUZ, Cristina (2000), “*A arbitragem institucional: um novo modelo de administração da justiça – o caso dos conflitos de consumo*”. Coimbra, Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.
- PELIKAN, Christa, (Setembro, 2003). “*Diferentes Sistemas, diferentes fundamentações lógicas: Justiça Restaurativa e Justiça criminal*”. Comunicação apresentada no Seminário Internacional DIKÊ, “*Protecção e Promoção direitos das vítimas de crime na Europa*”. Lisboa: APAV, pp. 73-77.
- PEREIRA, Luís Miranda, (2005), “*Os tempos e o tempo da Reforma*”, Temas Penitenciários, Série III, nº 1 e 2, Direcção Geral dos Serviços Prisionais, pp. 9-16.
- PALMA, Fernanda e PEREIRA, Rui, (1994), “*O crime de burla no Código Penal de 1982-95*”, In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RFDUL), vol. Xxxv, nº2 (1994), pag. 321-324.
- PINTO, João Fernando Ferreira, “*O papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor*”, In: “*A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento jurídico Português*” (Colóquio realizado a 29 de Junho de 2004). Coimbra: Livraria Almedina, pp. 61-84.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, (2003), “*Política Criminal – Novos desafios, velhos rumos*”, In Costa Andrade e outros, *Liber Discipulorum* para Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 207-234.
- ROXIN, Claus,  
(1997), “*Derecho Penal – Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoria del delito*”, Madrid: Editorial Civitas;  
(1999), “*Pena e reparación*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid: Ministério de Justicia;  
(2001), “*La reparacion en el sistema de los fines de la pena*”, De los delitos y de las victimas. Buenos Aires: Ad-hoc.
- SANTANA, Selma Pereira de, (2006), “*A reparação como consequência jurídico-penal autónoma do delito*”, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídico-



Criminais. Faculdade de Direito. Coimbra. Biblioteca da FDUC/cotas G-82-14-47.119415; G-82-14-48.119416.

- SANTOS, Cláudia Maria Cruz,  
“*A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal de «adultos» em Portugal*”, In Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 16, nº1, 2006 (Janeiro-Março), pp. 85-113;  
“*Violência doméstica e mediação penal: uma convivência possível?*”, In Revista JULGAR, nº 12(especial) – Novembro de 2010, pp. 67-79.
- SERVERIN, Evelyne, (2001), “*Quells lieux pour la médiation civile en Europe?*”. Comité D’experts sur l’efficacité de la Justice. Strasbourg: Conseil de L’Europe.
- SERRA, Vaz, “*Tribunal competente para apreciação da responsabilidade civil conexas com a criminal – Valor no juízo civil, do caso julgado criminal. Garantias de indemnização*”, In Boletim do Ministério da Justiça (BMJ) nº 91 (Dezembro de 1959), pp. 147-206.
- SILVA, Germano Marques da, “*A Mediação Penal – Em busca de um novo paradigma?*”, In: “*A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento jurídico Português*” (Colóquio realizado a 29 de Junho de 2004). Coimbra: Livraria Almedina, pp. 95-108.
- SOUSA, Jorge Lopes de e SANTOS, Manuel Simas, (2003), “*Regime Geral das Infracções Tributárias Anotado*”, Lisboa: Áreas Editora.
- VIEIRA, Hernâni, (2005), “*Prisões – Da intervenção institucional à desinstitucionalização das intervenções*”, Temas Penitenciários, Série III, nº 1 e 2, Direcção Geral dos Serviços Prisionais, pp. 35-41.
- “*As reformas processuais e a criminalidade na década de 90 : as formas especiais de processo e a suspensão provisória do processo: problemas e bloqueios*”/ director científico Boaventura de Sousa Santos; coordenadora Conceição Gomes ; equipa de investigação Jorge Almeida .. [e outros]. - Coimbra: Centro de Estudos Sociais [do] Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2002.



## ANEXO DE LEGISLAÇÃO

### CÓDIGO PENAL

#### **Artigo 205º**

##### *Abuso de confiança*

- 1 - Quem ilegítimamente se apropriar de coisa móvel que lhe tenha sido entregue por título não translativo da propriedade é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.
- 2 - A tentativa é punível.
- 3 - O procedimento criminal depende de queixa.
- 4 - Se a coisa referida no nº 1 for:
  - a) De valor elevado, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias;
  - b) De valor consideravelmente elevado, o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos.
- 5 - Se o agente tiver recebido a coisa em depósito imposto por lei em razão de ofício, emprego ou profissão, ou na qualidade de tutor, curador ou depositário judicial, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

#### **Artigo 206º**

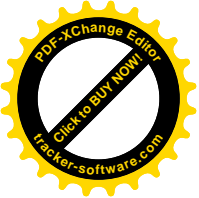
##### *Restituição ou reparação*

- 1 - Nos casos previstos nas alíneas a), b) e e) do nº1 e na alínea a) do nº2 do artigo 204º e no nº4 do artigo 205º, extingue-se a responsabilidade criminal, mediante a concordância do ofendido e do arguido, sem dano ilegítimo de terceiro, até à publicação da sentença da 1ª instância, desde que tenha havido restituição da coisa furtada ou ilegítimamente apropriada ou reparação integral dos prejuízos causados.
- 2 - Quando a coisa furtada ou ilegítimamente apropriada for restituída, ou tiver lugar a reparação integral do prejuízo causado, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância, a pena é especialmente atenuada.
- 2 - Se a restituição ou a reparação forem parciais, a pena pode ser especialmente atenuada.

#### **Artigo 217º**

##### *Burla*

- 1 - Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.
- 2 - A tentativa é punível.
- 3 - O procedimento criminal depende de queixa.
- 4 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 206º e 207º.



### **Artigo 218º**

#### *Burla qualificada*

- 1 - Quem praticar o facto previsto no nº1 do artigo anterior é punido, se o prejuízo patrimonial for de valor elevado, com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.
- 2 - A pena é a de prisão de dois a oito anos se:
  - a) O prejuízo patrimonial for de valor consideravelmente elevado;
  - b) O agente fizer da burla modo de vida;
  - c) O agente se aproveitar da situação de especial vulnerabilidade da vítima, em razão de idade, deficiência ou doença; ou
  - d) A pessoa prejudicada ficar em difícil situação económica.
- 3 - É correspondentemente aplicável o disposto nos nºs 2 e 3 do artigo 206º.
- 4 - O nº1 do artigo 206º aplica-se nos casos do nº1 e das alíneas a) e c) do nº2.

### **Artigo 224º**

#### *Infidelidade*

- 1 - Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.
- 2 - A tentativa é punível.
- 3 - O procedimento criminal depende de queixa.
- 4 - É correspondentemente aplicável o disposto nos nºs 2 e 3 do artigo 206º e na alínea a) do artigo 207º.

### **Artigo 225º**

#### *Abuso de cartão de garantia ou de crédito*

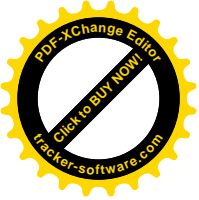
- 1 - Quem, abusando da possibilidade, conferida pela posse de cartão de garantia ou de crédito, de levar o emitente a fazer um pagamento, causar prejuízo a este ou a terceiro é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.
- 2 - A tentativa é punível.
- 3 - O procedimento criminal depende de queixa.
- 4 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 206º e 207º.
- 5 - Se o prejuízo for:
  - a) De valor elevado, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias;
  - b) De valor consideravelmente elevado, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos.
- 6 - No caso previsto no número anterior é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º.

### **Artigo 226º**

#### *Usura*

- 1 - Quem, com intenção de alcançar um benefício patrimonial, para si ou para outra pessoa, explorando situação de necessidade, anomalia psíquica, incapacidade, inépcia, inexperiência ou fraqueza de carácter do devedor, ou relação de dependência deste, fizer com que ele se obrigue a conceder ou prometa, sob qualquer forma, a seu favor ou a favor de outra pessoa, vantagem pecuniária que for, segundo as circunstâncias do caso, manifestamente desproporcionada com a contraprestação é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.
- 2 - A tentativa é punível.
- 3 - O procedimento criminal depende de queixa.
- 4 - O agente é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias se:
  - a) Fizer da usura modo de vida;
  - b) Dissimular a vantagem pecuniária ilegítima exigindo letra ou simulando contrato; ou
  - c) Provocar conscientemente, por meio da usura, a ruína patrimonial da vítima.
- 5 - As penas referidas nos números anteriores são especialmente atenuadas ou o facto deixa de ser punível se o agente, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância:
  - a) Renunciar à entrega da vantagem pecuniária pretendida;
  - b) Entregar o excesso pecuniário recebido, acrescido da taxa legal desde o dia do recebimento; ou
  - c) Modificar o negócio, de acordo com a outra parte, em harmonia com as regras da boa fé.





### **Artigo 231º**

#### *Receptação*

1 - Quem, com intenção de obter, para si ou para outra pessoa, vantagem patrimonial, dissimular coisa que foi obtida por outrem mediante facto ilícito típico contra o património, a receber em penhor, a adquirir por qualquer título, a detiver, conservar, transmitir ou contribuir para a transmitir, ou de qualquer forma assegurar, para si ou para outra pessoa, a sua posse, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 - Quem, sem previamente se ter assegurado da sua legítima proveniência, adquirir ou receber, a qualquer título, coisa que, pela sua qualidade ou pela condição de quem lhe oferece, ou pelo montante do preço proposto, faz razoavelmente suspeitar que provém de facto ilícito típico contra o património é punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 120 dias.

3 - É correspondentemente aplicável o disposto:

a) No artigo 206º; e

b) Na alínea a) do artigo 207º, se a relação familiar interceder entre o receptor e a vítima do facto ilícito típico contra o património.

4 - Se o agente fizer da receptação modo de vida, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

### **Artigo 232º**

#### *Auxílio material*

1 - Quem auxiliar outra pessoa a aproveitar-se do benefício de coisa obtida por meio de facto ilícito típico contra o património é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto no nº 3 do artigo 231º.

## **REGIME GERAL DAS INFRACÇÕES TRIBUTÁRIAS**

### **Artigo 100º**

#### *Receptação de mercadorias objecto de crime aduaneiro*

1 - Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro vantagem patrimonial, dissimular mercadoria objecto de crime aduaneiro, a receber em penhor, a adquirir por qualquer título, a detiver, conservar, transmitir ou contribuir para transmitir, ou de qualquer forma assegurar a sua posse, é punido com prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

2 - Se o agente fizer modo de vida da receptação, a pena é de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias.

3 - A pena pode ser livremente atenuada, ou ser decretada a isenção da pena, se o agente do crime, antes de iniciado o processo penal ou no seu decurso, entregar a mercadoria objecto de crime aduaneiro à autoridade competente e indicar, com verdade, de quem a recebeu.

4 - O disposto no número anterior não é aplicável se no decurso do processo se provar que o arguido faz da receptação de mercadorias objecto de crime aduaneiro modo de vida, bem como se se verificar que já foi condenado pelo crime previsto no n.º 1.

### **Artigo 105º**

#### *Abuso de Confiança*

1 - Quem não entregar à administração tributária, total ou parcialmente, prestação tributária de valor superior a € 7.500, deduzida nos termos da lei e que estava legalmente obrigado a entregar é punido com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias.

2 - Para os efeitos do disposto no número anterior, considera-se também prestação tributária a que foi deduzida por conta daquela, bem como aquela que, tendo sido recebida, haja obrigação legal de a liquidar, nos casos em que a lei o preveja.

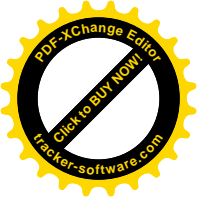
3 - É aplicável o disposto no número anterior ainda que a prestação deduzida tenha natureza parafiscal e desde que possa ser entregue autonomamente.

4 - Os factos descritos nos números anteriores só são puníveis se:

a) Tiverem decorrido mais de 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação;

b) A prestação comunicada à administração tributária através da correspondente declaração não for paga,





acrescida dos juros respectivos e do valor da coima aplicável, no prazo de 30 dias após notificação para o efeito.

5 - Nos casos previstos nos números anteriores, quando a entrega não efectuada for superior a € 50.000, a pena é a de prisão de um a cinco anos e de multa de 240 a 1200 dias para as pessoas colectivas.

6 – REVOGADO

7 - Para efeitos do disposto nos números anteriores, os valores a considerar são os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária.

### **Artigo 107º**

#### *Abuso de Confiança contra a segurança social*

1 - As entidades empregadoras que, tendo deduzido do valor das remunerações devidas a trabalhadores e membros dos órgãos sociais o montante das contribuições por estes legalmente devidas, não o entreguem, total ou parcialmente, às instituições de segurança social, são punidas com as penas previstas nos nºs 1 e 5 do artigo 105º.

2 - É aplicável o disposto nos nºs 4, 6 e 7 do artigo 105º.

## **PROJECTO ALTERNATIVO DE REPARAÇÃO** *[Alternativ – Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)]*

### **§ 1º Reparação**

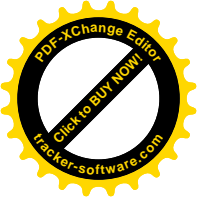
- (1) Reparação é a compensação das consequências do ilícito através de uma prestação voluntária do autor. Ela serve à restauração da paz jurídica. A reparação deve acontecer, em primeiro lugar, em benefício da vítima; quando isso não for possível, não houver perspectiva de êxito, ou ela não baste por si mesma, então a reparação será levada em consideração face à colectividade (reparação simbólica).
- (2) Uma prestação voluntária ocorre também quando o autor cumpre uma obrigação por ele assumida num processo de reparação judicial ou extrajudicial.

### **§ 2º Prestações reparatórias**

- (1) Como prestações reparatórias são consideradas, principalmente:
  1. indemnização à vítima;
  2. indemnização a terceiros, especialmente companhias de seguro, para as quais se tenha transferido a pretensão da vítima;
  3. outras prestações materiais, como pagamentos em dinheiro a instituições de utilidade pública;
  4. presentes à vítima, ou prestações imateriais, como desculpas ou conversas de reconciliação;
  5. prestações em trabalho, especialmente trabalhos de utilidade pública. Diferentes prestações reparatórias podem ser feitas conjuntamente.
- (2) As prestações reparatórias não deverão onerar, desproporcionalmente ou de forma não razoável, nem a vítima, nem o autor do ilícito.

### **§ 6º Limitações temporais às prestações reparatórias**

- (1) A não aplicação da pena, segundo o § 4º, e a atenuação da pena, segundo o § 5º, pressupõem que o autor tenha feito a reparação até à instauração do processo principal, a não ser que isto não lhe pudesse ser exigido, até o referido momento, em razão de circunstâncias especiais.
- (2) Caso o Ministério Público tenha instaurado a acção pública mediante requerimento de prolação de ordem de punição sumária, será suficiente que o autor, no caso de um recurso admissível, preste a reparação por seu delito até ao início da primeira audiência principal (§§ 1º e 3º).



### **§ 16º Processo judicial de reparação**

- (1) Estando presentes as condições para a instauração do processo principal, e sendo de se esperar que sejam efectuadas prestações reparatórias com as consequências previstas nos §§ 4º e 5º, o tribunal deverá adiar, por até três meses, a decisão sobre a instauração, a fim de possibilitar ao réu que leve a efeito tais prestações. O réu e a vítima deverão ser informados sobre isto. O prazo poderá ser prorrogado uma vez, por um período máximo de três meses. Mediante requerimentos consentâneos do réu e da vítima, deverá ser adoptado o procedimento previsto na alínea 1, a não ser que fique evidenciada a inexistência de qualquer probabilidade de prestações reparatórias, de acordo com a alínea 1.
- (2) A fim de incentivar a reparação, o tribunal poderá:
  - a) solicitar a uma comissão de conciliação adequada para este fim que envide esforços para se chegar a uma reparação, aplica-se, nesse caso, o disposto no § 13, inciso 2, alínea 2, e inciso 3, alíneas 1 e 3; ou
  - b) realizar uma audiência judicial de reparação.Deve ser adoptado o procedimento previsto na alínea 1, caso isto seja requerido pelo réu ou pela vítima. Os procedimentos previstos na alínea 1, itens 1 e 2, poderão ser adoptados sucessivamente.
- (3) Durante o decurso dos prazos fixados segundo o inciso 1, fica suspenso o prazo prescricional.

### **§ 17º Audiência judicial de reparação**

- (1) A audiência judicial de reparação tem como objectivo conduzir, através de negociação verbal, a uma reparação ou a um acordo de reparação, que deverá ser cumprido até ao final do prazo de adiamento da decisão (§ 16, inciso 1).
- (2) Se o processo se encontrar pendente num tribunal colectivo, a audiência de reparação será transferida para um juiz encarregado, a não ser que, por razões especiais, principalmente devido à dificuldade da causa, seja recomendável que a audiência tenha lugar perante o tribunal pleno.
- (3) O réu e, na medida em que isto seja possível, a vítima deverão ser notificados da audiência de reparação. Uma presença coerciva perante o tribunal ou a imposição de penalidade por ausência injustificada serão proibidas. A participação do Ministério Público é obrigatória.

### **§ 18º Procedimentos na audiência judicial de reparação**

- (1) Na audiência judicial de reparação, a vítima, o réu e o Ministério Público deverão ser ouvidos. O juiz deverá incentivar a reparação por meio de propostas adequadas.
- (2) O juiz poderá colher provas individuais visando um melhor esclarecimento da causa. Ele determinará segundo a sua avaliação, o tipo e a abrangência das compensações a serem realizadas.
- (3) Caso haja prestações reparatórias que não possam ser satisfeitas de imediato, o réu poderá assumir a obrigação de fazê-las até ao final do prazo fixado de acordo com o § 16, inciso 1. Caso uma parte substancial das prestações seja feito dentro do prazo, este poderá ser prorrogado por um período máximo de três meses.
- (4) Caso o réu assuma a obrigação de efectuar prestações reparatórias, isto deverá ser registado em acta; neste caso, aplica-se o disposto no § 168ª, inciso 2 a 4 do Código de Processo Penal.
- (5) Caso a audiência judicial de reparação não conduza nem à efectivação de uma prestação reparatória, nem a um acordo de reparação, e também não seja de se esperar que a entrega a uma comissão de conciliação (§ 16, inciso 2, alínea 1, item 1) conduza a uma reparação, poderá ser declarado o fracasso do processo de reparação e deliberar-se acerca da instauração do processo principal, mesmo antes de esgotado o prazo fixado de acordo com o § 16º, inciso 1.